Abhängige Unternehmungen als Mittel von Gesetzesumgehungen im vornationalsozialistischen öffentlichen Recht.

(Unter Ausschluß des Steuerrechts)

INAUGURAL-DISSERTATION

zur Erlangung der
juristischen Doktorwürde
an der
Friedrich-Wilhelms-Universität
zu Berlin

Von

Edwin Sieradz
aus Kriewen (ehem. Provinz Posen)

Tag der Promotion: 1. Dezember 1933

Emil Streisand, Berlin SW 68

J 91

Meiner Frau
und
dem Andenken meiner Eltern
gewidmet.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

1. Gutachter: Prof. Dr. Hermann Dersch
2. Gutachter: Prof. Dr. Martin Wolff

Inhalts-Verzeichnis.

Schriftenverzeichnis 5
Vorbemerkung 8
§ 1. Einleitung 9
I. Das abhängige Unternehmen 10
§ 2. 1. Das abhängige Unternehmen im allgemeinen 10
a) Die wirtschaftlichen Gründe für das Abhängigwerden von Unternehmungen 10
b) Die besonderen Möglichkeiten von Gesetzesumgehungen durch Benutzung abhängiger Unternehmungen im allgemeinen 11
c) Der Begriff „Abhängigkeit“ 13
Er verlangt:
α) Die Beherrschungsmöglichkeit der Geschäftsführung .. 13
β) Eine gewisse Dauer des Herrschaftsverhältnisses 15
γ) Nicht erforderlich ist, daß die Abhängigkeit „bestimmungsgemäß“ sei 15
δ) Über die Möglichkeit eines relevanten Begriffs von „Abhängigkeit“, obwohl jedes Unternehmen durch und für Menschen da ist 16
d) Die Begründung der Abhängigkeit 18
α) Kapitalistische Beteiligung 18
β) Vertragliche Unterwerfung 20
γ) Statutarische Herrschaftsrechte 21
aa) Rechte Dritter zur Organbestellung 22
bb) Anweisungsrechte Dritter bezüglich der Geschäftsführung 23
cc) Rechte Dritter bezüglich der Gewinnverteilung .. 23
δ) Personelle Einflüsse 24
ε) Wirtschaftlicher Druck 25
§ 3. 2. Insbesondere die abhängige Handelsgesellschaft und bergrechtliche Gewerkschaft des § 226 Abs. 4 HGB. 25
a) Der Begriff der Abhängigkeit im § 226 HGB. 26
b) Die Beherrschungsmittel bei Abhängigkeitsverhältnissen im Sinne des § 226 Abs. 4 HGB. 26
c) Über das Unterfallen von Einzelunternehmungen und Gesellschaften des bürgerl. Rechts unter den § 226 Abs. 4 HGB. 26
d) Über das Unterfallen von ausländischen Gesellschaften unter § 226 Abs. 4 HGB. 27
§ 4. 3. Die rechtliche Möglichkeit von Abhängigkeitsverhältnissen überhaupt, insbes. die Möglichkeit abhängiger Aktiengesellschaften 29
§ 5. 4. Über einige allgemeinste Folgen bei Vorliegen eines Abhängigkeitsverhältnisses 30

II. Umgehungen im öffentlichen Recht 31
§ 6. 1. Das Strafrecht 31
§ 7. 2. Das Prozeßrecht 32
§ 8. 3. Das Versicherungsaufsichtsrecht 34
4. Das Staats- und Verwaltungsrecht 35
§ 9. a) Allgemeines über Unternehmungen der öffentlichen Hand . 35
§ 10. b) Umgehung öffentlich-rechtlicher Vorschriften durch die Wahl einer privatrechtlichen Form öffentlicher Unternehmungen 41
α) Grundsätzliches 41
β) Umgehung öffentl.-rechtlicher Organisationsvorschriften 43
γ) Umgehung öffentlich-rechtlicher Aufsichts- und Kontrollvorschriften 46
δ) Umgehung von Etatvorschriften 48
ε) Umgehung von Vorschriften des Beamtenrechts 52
ζ) Umgehung des Kontrahierungszwanges 55
η) Umgehung der unmittelbaren Haftung der Körperschaft des öffentlichen Rechts 56
§ 11. c) Umgehung von gesetzlichen Vorschriften durch Wahl einer öffentlich-rechtlichen Form für Unternehmungen der öffentlichen Hand 58
α) Umgehung der Bilanzierungsvorschriften des HGB. für Aktiengesellschaften 58
β) Ausschluß des ordentlichen Rechtsweges 58
γ) Umgehung gewerberechtlicher Vorschriften 60
δ) Umgehung rein privatrechtlicher Vorschriften 61
§ 12. 5. Das Arbeitsrecht 62

Schriftenverzeichnis.

(Zeitschriftenaufsätze sind nur in der Arbeit selbst zitiert.)

Arndt, Reichsbeamtengesetz (1931).

Bondi, Uebertragung des Rechts zur Besetzung gesellschaftlicher Aemter an dritte, außerhalb der Gesellschaft stehende Personen (Festgabe für Liebmann, 1920, S. 278 ff.).

Brand, A., Das Beamtenrecht (1928).

Brodmann, Gesetz betr. die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (1924).

Derselbe, Aktienrecht (1928).

Buck, Das Recht der kommunalen Finanzverwaltung (im Handbuch des kommunalen Verfassungs- und Verwaltungsrechts für Preußen, herausgegeben von Stier-Somlo, 2. Aufl.).

Callmann, Der unlautere Wettbewerb (1932).

Dernburg, Pandekten (7. Aufl.).

Dersch-(Kaskel-) Dersch, Arbeitsrecht (4. Aufl.).

Drews-Lassar, Zuständigkeitsgesetz (in v. Brauchitsch, Verwaltungsgesetze für Preußen, 1930).

Düringer-Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch (3. Aufl.).

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts (1903).

Enneccerus, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Allgemeiner Teil; Bd. I des Lehrbuchs von Enneccerus, Kipp und Wolff, 12. Bearbeitung; 13. Bearbeitung von Nipperdey.

Enneccerus-Lehmann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Recht der Schuldverhältnisse; 2. Bd. des Lehrbuchs von Enneccerus, Kipp und Wolff (11. Bearbeitung).

Flatow, Betriebsrätegesetz (12. Aufl.).

Flechtheim-Wolff-Schmulewitz, Die Sazungen der deutschen Aktiengesellschaften (1929).

Flechtheim, Die Strukturwandlungen der Wirtschaft und das Aktienrecht; Bericht an den Enquêteausschuß (1926; zit.: Enquête).

Fischer, Die Aktiengesellschaft (1916; Ehrenbergs Handbuch, Bd. III, Abt. 1).

Fleiner, Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts (1928).

Frank, Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich (18. Aufl.).

Friedländer, H. Konzernrecht (1927).

Derselbe, Aktienrecht (1932), zit.: Friedländer.

Fuchs, Umgehung des Gesetzes (1916).

Geiler, Die wirtschaftlichen Strukturwandlungen und die Reform des Aktienrechts, Bericht an den Enquêteausschuß (1927; zit.: Enquête).

Gierke, O. v., Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung (1887).

Derselbe, Deutsches Privatrecht (1895—1917).

Goldschmidt, R., Die sofortige Verschmelzung von Aktiengesellschaften unter besonderer Berücksichtigung der Reformfragen (1930).

Goldschmidt, Das neue Aktienrecht (1932).

Griebel, Die Einmanngesellschaft (1933).

Grünhut, Der strafrechtliche Schutz wirtschaftlicher Interessen (in: „Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben", Bd. V S. 116 ff.).

Gürteler, Betriebsrätegesetz (3. Aufl.).

Gutzwiller, Internationalprivatrecht (in: Stammler, das gesamte deutsche Recht, 1931).

Hagens, Warenzeichenrecht.
Hatschek, Lehrbuch des deutschen und preußischen Verwaltungsrechts (7. u. 8. Aufl.).
Haudek, Die Bedeutung des Parteiwillens im Internationalen Privatrecht (1931).
Haußmann, Die Tochtergesellschaft (1923).
Derselbe, Grundlegung des Rechts der Unternehmenszusammenfassungen (1927).
Derselbe, Die Praxis des Rechts der Unternehmenszusammenfassungen (1932).
Heck, Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz (1932).
Hensel, Steuerrecht (3. Aufl.).
Hillebrand, Deutsche Rechtssprüchwörter (1858).
Hoffmann, Begriff der Gesetzesumgehung (1905).
Horwitz-Ullmann, Kommentar zum neuen Aktienrecht (1932).
Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts (3.—5. Aufl.).
Husserl, Logische Untersuchungen (2. Aufl.).
Derselbe, Ideen zu einer reinen Phänomenologie.
Isay, H., Rechtsnorm und Entscheidung (1929).
Ihering, v., Geist des römischen Rechts (5. Aufl.).
Jäger, Kommentar zur Konkursordnung (6. u. 7. Aufl.).
Jellinek, Verwaltungsrecht (3. Aufl.).
Könige-Teichmann-Köhler, Handausgabe des Handelsgesetzbuchs (2. Aufl.).
Köttgen, Die erwerbswirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand und das öffentliche Recht (1928).
Kronstein, Die abhängige juristische Person (1931).
Landmann-Rohmer, Kommentar zur Gewerbeordnung f. d. D. R., I. Bd. (1928).
Lehmann-Hirsch, Verordnung über Aktienrecht (1931).
Lehmann, K., Das Recht der Aktiengesellschaften (1898—1904).
Mann, Die Sachgründung im Aktienrecht (1932).
Mansfeld, Betriebsrätegesetz (2. Aufl.).
Mayer, O., Deutsches Verwaltungsrecht (1924).
Most, Die deutsche Stadt und ihre Verwaltung (1926).
Neufeld, H., Die aktienrechtlichen Vorschriften der VO. vom 12. 9. 1931.
Netter, Aktienrechtliche Auskunftspflicht (1928).
Nipperdey, Stromsperre, Zulassungszwang u. Monopolmißbrauch (1928).
Derselbe, Kontrahierungszwang und diktierter Vertrag (1920).
Nussbaum, Deutsches Internationales Privatrecht (1932).
Derselbe, Zur neueren Entwicklung der Lehre vom Unternehmen (in „Beiträge zum Wirtschaftsrecht"; S. 492 ff.).
Oertmann, Bürgerliches Gesetzbuch (Allgemeiner Teil: 3. Aufl.; Recht der Schuldverhältnisse: 5. Aufl.).
Pfaff, Zur Lehre vom sogenannten in fraudem legis agere (1892).
Pinner, H., Erwerb eigener Aktien und Rückzahlung der Einlage (in: Festschrift für A. Pinner, 1932, S. 613 ff.).
Rehm, Reichsgesetz über die privaten Versicherungsunternehmungen (2. Aufl.).
Reichsgerichtsräte, Kommentar von RGR.'en (6. Aufl.).
Reuss, Thüringisches Verwaltungsrecht (1927).
Revisionsbericht = Bericht der in der Generalversammlung vom 30. 9. 1929 gewählten Revisionskommission der Frankfurter Allgemeinen Versicherungs-Aktiengesellschaft zu Frankfurt a. M.
Ring-Schachian, Die Praxis der Aktiengesellschaft (1929).
Rosendorff, Rechtliche Organisation der Konzerne (1927).
Derselbe, Das neue deutsche Aktienrecht (1932), zit.: Rosendorrf.
Rühl, Eigentumsvorbehalt und Abzahlungsgeschäft (1930).
Ruth, Eigene Aktien und Verwaltungsaktien.
Savigny, v., System des heutigen römischen Rechts (1840—49).

Schlegelberger-Quassowski-Schmölder, Verordnung über Aktienrecht (1931).
Schmalenbach, Finanzierungen (4. Aufl.).
Schreiber, Die Kommanditgesellschaft auf Aktien (1925).
Sigloch, Die Unternehmungen der öffentlichen Hand (1929).
Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch (14. Aufl.).
Staub-Hachenburg, Kommentar zum Gesetz betr. die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (5. Aufl.).
Staudinger, v., Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (9. Aufl.).
Stein-Jonas, Die Zivilprozeßordnung für das deutsche Reich (14. Aufl.).
Tuhr, v., Der Allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Reichts (1910—1918).
Vetsch, Die Umgehung des Gesetzes (1917).
Wächter, Handbuch des im Königreich Württemberg geltenden Privatrechts (Stuttgart, 1842).
Waldecker, Ueber den Begriff der Korporation des öffentlichen Rechts (1913).
Warneyer, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich (2. Aufl.).
Weber, M., Wirtschaft und Gesellschaft (Grundriß der Sozialökonomik, 3. Abteilung).
Wieland, Handelsrecht (1931).
Wolff, E., Verträge zu Gunsten Dritter im Aktienrecht (Festschrift für A. Pinner, 1932, S. 656 ff.).
Wolff, M., Ueber einige Grundfragen des Handelsrechts (in: Berliner Festgabe für Gierke).
Derselbe, Sachenrecht (9. Bearbeitung; zit.: Wolff).

Vorbemerkung.

Die vorliegende Schrift ist der mittlere Teil einer größeren Arbeit, die im September 1933 abgeschlossen war und „Abhängige Unternehmungen als Mittel von Gesetzesumgehungen“ auf allen Rechtsgebieten (außer dem Steuerrecht) behandelte. Die grundlegenden Gesetzesänderungen gerade auf den in dieser Arbeit wichtigen Rechtsgebieten machten es unmöglich, die Arbeit auf den heutigen Stand zu bringen. Das hätte eine völlig neue Darstellung erfordert. Die vorliegende Arbeit beschränkt sich daher darauf, eine „historische“ Darstellung nach dem Stand vom September 1933 zu geben.

Der Begriff der Gesetzesumgehung ist in dem vorliegenden Teildruck nicht näher erläutert. Am Anfang von § 1 wird aber kurz über ihn gesprochen.

Einleitung.

§ 1.

Untersucht werden hier die besonderen Möglichkeiten von Gesetzesumgehungen im öffentlichen Recht, die bei Einschaltung von abhängigen Unternehmungen[1]) entstehen.

Der Begriff der „Gesetzesumgehung" kann dabei nicht im einzelnen erörtert werden[2]). Es muß die Feststellung genügen, daß für sie die Nichtevidenz einer Gesetzesverletzung kennzeichnend ist. Sie liegt vor, wenn bewußt ein Tatbestand geschaffen wird, der nicht offenbar gegen den durch erklärende Auslegung[3]), wohl aber gegen den durch berichtigende Auslegung[4]) zu gewinnenden Inhalt eines Rechtssatzes verstößt; weiter: wenn eine Gesetzeslücke zu einer Tatbestandsgestaltung benutzt wird, die im Gegensatz zu allgemeinen oder besonderen Grundgedanken des Rechts steht.

Unter „Unternehmung" wird jene organisatorische Einheit verstanden, die durch ein Rechtssubjekt aus der Summe von Tätigkeiten zu wirtschaftlichen Zwecken geschaffen wird.

Es soll nicht zu der Frage genauer Stellung genommen werden, ob auch die einzelnen Unternehmungsgegenstände zum Unternehmen gehören[5]). Die Frage dürfte zu verneinen sein, da das Unternehmen ohne das Vermögen auf einen andern übertragen werden kann[6]). Jedenfalls aber liegt eine Unternehmung schon bei organisatorischer Zusammenfassung von Tätigkeiten zu wirtschaftlichen Zwecken vor; eine solche „Organisation" ist für den Begriff „Unternehmen" anderseits immer nötig, so daß diese als Kriterium des Begriffs jedenfalls für die vorliegende Arbeit genügt.

Kaum betont ist in den bisherigen Formulierungen das Erfordernis des wirtschaftlichen Zwecks[7]). Dies mag daran liegen, daß der Unternehmensbegriff überwiegend im Handelsrecht erörtert wird, wo dieser Zweck sich von selbst versteht. Wenn

---

[1]) Zum Unternehmensbegriff außer den nachstehend Zitierten insbes.: Nußbaum, Beiträge zum Wirtschaftsrecht, S. 492 ff.

[2]) Dazu allgemein: Vetsch, Die Umgehung des Gesetzes (1917).

[3]) Auslegung im engeren Sinne; dazu Enneccerus-Nipperdey § 52; Heck Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz S. 107.

[4]) Auslegung im weiteren Sinne; dazu die in der vorigen Anm. Angeführten.

[5]) So wohl die herrschende Lehre, vgl. Nipperdey, Beiträge zum Wirtschaftsrecht S. 446 und die dort Zitierten.

[6]) Wolff in Berliner Festgabe für Gierke II S. 120 Anm. 15. Die Erwerbsaussichten allerdings sind an das Unternehmen gebunden.

[7]) Aehnlich wie hier: Landmann-Rohmer S. 59 f.

man aber, wie Nipperdey[8]), dem Begriff mit Recht eine allgemeine Bedeutung geben will, dann erscheint die hier gegebene Einschränkung erforderlich. Niemand wird etwa den Inhaber einer nur zur Volksertüchtigung geschaffenen, unentgeltlich arbeitenden privaten Sportschule oder Poliklinik einen „Unternehmer" nennen wollen; Nipperdey müßte es nach seiner Formulierung.

Das Erfordernis des „wirtschaftlichen Zwecks" ist nicht zu unbestimmt, um für eine Begriffsbestimmung dienen zu können. Es bezeichnet jede auf die Schaffung oder Verteilung von Vermögenswerten gerichtete Tätigkeit, ohne daß aber eine Erwerbsabsicht erforderlich wäre[9]). Selbstverständlich also können auch gemeinnützige Werke „Unternehmungen" sein.

Ein Unternehmen kann mehrere Rechtspersonen umfassen, die ihrerseits wieder jede für sich ein Unternehmen darstellen können, bei denen das aber auch nicht der Fall zu sein braucht. Die Tatsache allein jedenfalls, daß eine Person abhängig ist, raubt ihr noch nicht die Unternehmereigenschaft[10]).

I.

Das abhängige Unternehmen.

§ 2.

1. Das abhängige Unternehmen im allgemeinen.

Verschiedene wirtschaftliche Gründe sind denkbar, die ein Unternehmen von einem anderen abhängig[1]) werden lassen[2]).

a) Einmal kann ein Unternehmen unfreiwillig abhängig werden, wenn es nämlich erhebliche Schulden an einen bestimmten Gläubiger ohne die Möglichkeit hat, an dessen Stelle einen anderen zu setzen. Man kann kaum bezweifeln, daß auch diese

---

[8]) Vergl. Enneccerus-Nipperdey § 125 a Anm. 1.

[9]) Näher über diesen Begriff: Mansfeld (3. Aufl.) S. 303 und die dort Angeführten.

[10]) Vergl. Kronstein S. 4 ff., wo aber gerade das Letztere nicht völlig klar ist.

[1]) Gleichbedeutend hiermit wird der weitverbreitete Ausdruck: „Tochter"- bzw. „Mutter"-Unternehmen verwandt. Sprachliche Bedenken hiergegen (vergl. Kronstein S. 3 Anm. 3) bestehen nicht, da der Verkehr schon lange nicht mehr nur bei Kapitalabzweigungen von Tochterunternehmen spricht. Vergl. z. B. das „Abkommen bezüglich der Aufrechterhaltung der Deutschland gewährten ausländischen Bankkredite" von 1931 S. 3; Deutsches Kreditabkommen 1933 S. 10, wo von „Tochter"-Unternehmungen gesprochen wird. Ein ähnlicher Begriff ist die „société controllée" des Art. 279 b des Versailler Vertrages.

[2]) Vergl. auch §§ 240 a Abs. I, 261 a I A IV Nr. 10 HGB., wo von abhängigen Unternehmungen die Rede ist. Dieser Begriff ist weiter als der der abhängigen Gesellschaft im Sinne des § 226 Abs. IV HGB.

rein tatsächliche Abhängigkeit schon als solche[3]) eine besondere rechtliche Bedeutung hat, wenn es auch bestritten ist, ob sie für das Vorliegen einer abhängigen Gesellschaft im Sinne des § 226 Abs. IV HGB. genügt. Dies ist m. E. zu bejahen[4]).

Wenn ein Unternehmen ein anderes von sich abhängig macht oder sich in Abhängigkeit begibt, so kann das, wenn zunächst nur berechtigte Erwägungen berücksichtigt werden[5]), einmal geschehen, um ein befürchtetes Risiko auf eine bestimmte Höhe, eben auf das Vermögen des abhängigen Wirtschaftssubjekts zu beschränken. Es kann auch der Wunsch maßgebend sein, Gewinne auf verschiedene Unternehmungen zu verteilen, um so nach Möglichkeit Steuern zu sparen. Oder ein Teil eines Unternehmens wird rechtlich verselbständigt, weil er verkauft werden oder die Zugehörigkeit zu einem weiteren Verbande ermöglichen soll[6]).

b) Man muß aber wohl sagen, was Kronstein in seiner Zusammenstellung S. 1 Anm. 1 außer Acht läßt, daß ein ganz großer Teil der abhängigen Unternehmungen in Deutschland während der letzten Jahre einfach aus unlauteren Motiven geschaffen worden ist. Das HGB. vor der Aktienrechtsnovelle 1931, das dieser Formen wirtschaftlicher Verflechtungen ausdrücklich nirgends gedachte, zusammen mit einer zaghaften Rechtsprechung und einer nicht immer pflichtbewußten Verwaltungshierarchie in großen und größten Unternehmungen gestattete es, durch zahllose Abhängigkeitsverhältnisse ein Unternehmen schließlich völlig undurchsichtig zu machen. Von den unendlichen Möglichkeiten, so dem Gesetz „ein Schnippchen zu schlagen" müssen die folgenden Seiten handeln. Hier sollte vorerst darauf hingewiesen werden, daß gerade die Möglichkeit für ein Wirtschaftssubjekt, sich jeder Kontrolle durch die Angliederung von Tochterunternehmungen zu entziehen, für eben diese Angliederungen sicher ein wichtiger Grund war.

Die aus solchen Möglichkeiten sich ergebenden Gefahren sind durch die neuere Gesetzgebung, insbesondere durch die Aktienrechtsnovelle erheblich gemindert. Sie sind es auch durch den neuen Wirtschaftsgeist, der den Satz: Gemeinnutz vor Eigennutz zum Leitstern allen wirtschaftlichen Handelns erhebt. Aber Umgehungen sind gleichwohl möglich.

Die besonderen Möglichkeiten von Gesetzesverletzungen bei Einschaltung von Tochterunternehmungen liegen in dieser Verknüpfung selbst begründet. Das abhängige Unternehmen ist

---

[3]) Abgesehen also z. B. von den durch eine etwaige Knebelung sich ergebenden Rechtsfolgen.

[4]) Vergl. Flechtheim bei Düringer-Hachenburg Anm. 48 zu § 226 HGB.; A. A. Kronstein S. 8.

[5]) Dazu die Zusammenstellung bei Kronstein S. 1 Anm. 1.

[6]) Dies Letztere bleibt auch bei einer ständischen Wirtschaftverfassung bis zu einem gewissen Grade wichtig. Ueber die Pläne zum ständischen Aufbau: vergl. Leitartikel „Vossische Zeitung" 10. 9. 33, Morgenausgabe.

häufig wie eine Tarnkappe, die die Kräfte des Trägers vervielfältigt und ihn zugleich unsichtbar macht[7]). Ein Unternehmen sei etwa in seiner Handlungsfreiheit durch Gesetz oder Vertrag gebunden: es kann versuchen, das ihm nicht Gestattete durch ein Tochterunternehmen auszuführen. Gelingt es ihm dann noch, das Abhängigkeitsverhältnis zu verschleiern, so hat es zugleich den verbotenen Schlag geführt und die Richtung verdeckt, aus der er kam.

An Beispielen hierfür ist kein Mangel. Es sei nur daran erinnert, daß bei der Favag „unter der Firma einer Versicherungsgesellschaft . . . . heimlich und im größten Umfang ein Bankgeschäft betrieben" wurde[8]), und zwar mit Hilfe von Tochterunternehmungen. Das durfte diese Gesellschaft sicher nicht, mag man den § 2 Nr. 3 der Satzung der Favag, der ihr die Beteiligung nur an anderen Versicherungs- und wirtschaftlich mit dem Geschäftsbetrieb der Gesellschaft zusammenhängenden Unternehmungen gestattete[9]), noch so weit auslegen.

Die allgemeine Möglichkeit von Gesetzesumgehungen bei Einschaltung abhängiger Unternehmungen ist besonders stark, wenn dieselben Personen bei Mutter- und Tochterunternehmen maßgebend sind[10]). Die Beteiligungsverhältnisse können schließlich — und damit die Möglichkeit unlauterer Benutzung eines abhängigen Unternehmens — nicht nur für den Außenstehenden, sondern auch für den unerkennbar werden, dem das erforderliche Material für die Beurteilung vorliegt. So heißt es in dem bereits mehrfach erwähnten Revisionsbericht über die Vorgänge bei der Favag auf S. 103, daß sich nicht feststellen lasse, wer der Mitgründer gewisser Gesellschaften im Favag-Konzern sei, die Favag oder die Industrie-Kredit-GmbH.[11])! Es entbehrt nicht einer gewissen Komik, daß der Herrscher über eine — beherrschte — Person nicht feststellbar ist.

c) Es fragt sich nun, wann von einem solchen Herrschaftsverhältnis gesprochen werden kann. Dies läßt sich am besten an seinen Wirkungen zeigen.

---

[7]) Vergl. auch Netter, Aktienrechtliche Auskunftspflicht S. 31: „Tochtergesellschaft als Kulisse, hinter der wichtige geschäftliche Vorgänge sich vollziehen"; RG. JW. 27, 2986.

[8]) Bericht über die Liquidation der Favag für die Zeit vom 28. 8. bis 30. 11. 1929 (Dr. Waller); vergl. „Berl. Börs.-Cour." 15. 11. 1930 Nr. 24.

[9]) Vergl. Revisionsbericht S. 134.

[10]) Vergl. Revisionsbericht S. 93: „Wesentliche Unklarheiten wurden auch gegeben durch die weitgehende Verquickung der Favag mit den Konzerngesellschaften . . . . Durch die vielfach bestehende Personalunion im Konzern . . . . konnte sich diese Vermischung formlos vollziehen".

[11]) Diese ist ein von der Favag im Jahre 1927 ins Leben gerufenes, von ihr abhängiges Finanzierungsinstitut für Abzahlungsgeschäfte; vergl. Revisionsbericht S. 12. Vergl. auch Revisionsbericht S. 122/123, wo gesagt ist, daß die Geschäfte gewisser Vorstandsmitglieder, die von der Favag finanziert wurden, zwecks Verheimlichung fast ausschließlich über eigens dazu gegründete Gesellschaften getätigt wurden.

Ein Unternehmen ist abhängig, wenn es in seinen Entschließungen von andern Personen auf gewisse Dauer beherrscht werden kann.

α) Dabei ist nun freilich diese Herrschaft nicht dahin zu verstehen, daß die abhängige Person oder Gesellschaft in jeder Einzelheit unterworfen sein müsse. Es genügt, daß die Geschäftsführung des abhängigen Unternehmens von dem herrschenden gelenkt werden kann[12]). Und auch das wird nicht in allem und jedem nötig sein; gewisse Befugnisse der Geschäftsführung können dem abhängigen Unternehmen selbständig verbleiben, wenn nur gleichwohl noch im Ganzen von einer Geschäftsführung im Sinne des beherrschenden Unternehmens gesprochen werden kann[13]). Das gesellschaftliche Eigenleben, also nicht nur die Geschäftsführung des abhängigen Unternehmens muß allerdings insoweit beeinflußbar sein, als es sich um die Bestellung von Vorstandsmitgliedern handelt. Denn diese Vorgänge wirken höchst bedeutsam auf die Geschäftsführung ein[14]).

Zwischenstufen zwischen Abhängigkeit und Selbständigkeit sind nicht möglich. Das Gegenteil scheint zwar zunächst das Verhältnis der Favag zur Intag-Phöbus Versicherungs-AG. seit deren Uebernahme im Jahre 1924 zu ergeben, indem nämlich die Intag-Phöbus die Autokasko- und Transportversicherung selbständig, die übrigen Versicherungszweige als Filiale der Favag weiter betrieb[15]). Aber die Intag-Phöbus wurde hierdurch selbstverständlich voll, nicht teilweise abhängig, soweit sie überhaupt noch als eigenes Unternehmen anzusehen sein sollte.

Abhängigkeit liegt nicht nur vor bei Eingliederung des abhängigen in das herrschende Unternehmen derart, daß das erstere eine Abteilung des letzteren darstellt[16]). Das wäre zu eng. Es gibt überall im Wirtschaftsleben, wie die tägliche Erfahrung lehrt, Abhängigkeitsverhältnisse, ohne daß Eingliederungen stattfänden[17]). Dann ist nicht einzusehen, warum gerade ein Unternehmen[18]) nicht ohne völlige Eingliederung in einen fremden Wirtschaftsorganismus sollte abhängig sein können[19]).

---

[12]) Flechtheim bei Düringer-Hachenburg Anm. 45 zu § 226. Horrwitz-Ullmann Anm. 11 d zu § 226. A. A. Lehmann-Hirsch Anm. 29 zu § 226.

[13]) Anders wohl Flechtheim a. a. O.: „(Bei der Beeinflussung der Geschäftsführung) muß allerdings die Abhängigkeit eine umfassende sein". Ueber die teilweisen Bedenken gegen eine solche Abhängigkeit und die erforderlichen Einschränkungen vergl. unten d γ.

[14]) Flechtheim bei Düringer-Hachenburg Anm. 45 zu § 226. Schlegelberger-Quassowski-Schmölder Anm. 33 zu § 226 lehren wohl dasselbe: „Auch die Beherrschung der Geschäftsführung kann genügen, wenn sie zu einer wirklichen Abhängigkeit führt".

[15]) Vergl. Revisionsbericht S. 11.

[16]) So Friedländer Anm. 14 b zu § 226.

[17]) Vgl. unten zu Note 21 ff.

[18]) Bei Friedländer speziell: eine Handelsgesellschaft.

[19]) Im Ergebnis ebenso Flechtheim bei Düringer-Hachenburg Anm. 45 zu § 226.

Es ist auch gleichgültig, worauf die Abhängigkeit beruht, ob sie rein tatsächlicher oder rechtlicher Natur ist, ob sie auf Beteiligung oder ähnlichen Verhältnissen beruht oder ob sie andere Ursache hat. Das ist freilich für das Aktienrecht bestritten[20]), gilt aber sowohl für den allgemeinen Begriff des abhängigen Unternehmens wie für die im § 226 HGB. erwähnte abhängige Gesellschaft. Denn daß ein Unternehmen tatsächlich abhängig sein kann, ohne daß ein hierauf gerichtetes Rechtsverhältnis vorliegt, ist sicher; man denke etwa an den Fall der Personalunion in leitenden Stellungen bei dem Mutter- und Tochterunternehmen[21]). Ist das Verneinen einer Abhängigkeit bei solchen nicht auf „rechtliche Tatbestände“[22]) gestützten Herrschaftsverhältnissen schon für das Aktienrecht nicht zu begründen[23]), so fehlt für eine derartige Einschränkung beim allgemeinen Begriff der wirtschaftlichen Abhängigkeit schlechthin jeder Anhaltspunkt. Lehmann-Hirsch leugnen ja nicht die Möglichkeit solcher anders begründeter Abhängigkeitsverhältnisse, sondern nur ihr Unterfallen unter § 226 HGB.

Ein Unternehmen kann schließlich abhängig sein, auch wenn das beherrschende Wirtschaftssubjekt an ihm weder beteiligt, noch ihm beteiligungsähnlich verbunden ist. Die für das Aktienrecht vereinzelt vertretene Gegenmeinung[24]) beruht auf Erwägungen, welche durch den Wortlaut des § 226 Abs. IV HGB. oder den ihm zugrunde liegenden besonderen Gedanken angeblich gefordert werden, kommen somit nicht in Betracht, wenn der allgemeine Typus eines Herrschaftsbestandes dargelegt werden soll. Auch hier gilt entsprechend, was oben[25]) gesagt wurde: Es gibt Abhängigkeitsverhältnisse, die nicht auf beteiligungsähnlichen Tatbeständen beruhen, und das leugnen auch die Autoren nicht, die solche Tatbestände für das Erfülltsein des § 226 Abs. IV verlangen: indem sie für die abhängige Gesellschaft des Aktienrechts besondere Einschränkungen machen, gestehen sie ja gerade das Bestehen anderer Abhängigkeitsverhältnisse zu!

Solche liegen bei Zutreffen der sonstigen Voraussetzungen vor, gleichgültig, ob die Herrschaft wirklich ausgeübt wird oder nicht. Denn schon die Herrschaftsmöglichkeit macht das von ihr betroffene Unternehmen in seinen Entschließungen unfrei. Anderseits ist bei dem beherrschten Unternehmen das Bewußtsein der Abhängigkeit erforderlich, da es sonst nicht unter dem „Einfluß“ der herrschenden Person oder Gesellschaft handelt[26]).

---

[20]) Vergl. unten § 3 2 b.

[21]) Schlegelberger-Quassowski-Schmölder Anm. 33 zu § 226.

[22]) Lehmann-Hirsch Anm. 23 zu § 226.

[23]) Vergl. unten § 3, 2 b. Uebrigens ist die Unterscheidbarkeit von rechtlichen und anderen Tatbeständen höchst zweifelhaft. Jede Kontrollmöglichkeit ist schließlich „rechtlicher Tatbestand“.

[24]) Horrwitz-Ullmann Anm. 12 zu § 226. Vgl. auch Kronstein S. 3 Anm. 3.

[25]) § 2 vor Anm. 20.

β) Das Abhängigkeitsverhältnis muß auf eine gewisse Dauer angelegt sein, wenn es für das Recht erheblich sein soll. Bei nur vorübergehenden Einflüssen kann schon sprachlich von einer „Herrschaft" nicht gesprochen werden. Diese setzt vielmehr einen Zustand von gewisser Dauer voraus[27]). Das folgt insbesondere auch daraus, daß rechtserhebliche Beziehungen zwischen den durch Beherrschung verbundenen Unternehmungen einerseits und der sonstigen Rechtswelt anderseits ohne eine gewisse Dauer der Verbundenheit kaum möglich sind.

Dabei dürfen freilich an die Dauer der Verbundenheit keine zu hohen Ansprüche gestellt werden. Es ist nur eine solche Dauer zu verlangen, die es den verbundenen Unternehmungen gestattet, in ihrer Verbundenheit in den Rechtsverkehr zu treten. Die notwendige Dauer kann im einzelnen Fall sehr verschieden sein. Eine Richtschnur ist auch nicht annähernd aufzustellen.

γ) Es bleibt zu untersuchen, ob eine rechtserhebliche Abhängigkeit auch dann gegeben ist, wenn sie nicht die Folge von auf ihre Schaffung gerichteten Rechtsverhältnissen ist. Es ist also zu fragen, ob die Abhängigkeit gewollt, bestimmungsgemäß sein muß. Kronstein[28]) will die Fälle, in denen die Abhängigkeit auf „wirtschaftlicher Hörigkeit" beruht, aus einer Untersuchung über einen selbständigen Begriff der Abhängigkeit ausgeschaltet wissen. Ein Grund hierfür ist aber m. E. nicht zu sehen. Das an einen Gläubiger überverschuldete Unternehmen steht zweifellos unter einem möglicherweise sogar umfassenden Einfluß des Gläubigers[29]). Dann aber ist nicht einzusehen, warum diese Gestaltung nur darum nicht als „Abhängigkeit" sollte aufgefaßt werden dürfen, weil zugleich wirtschaftliche Hörigkeit mit ihren besonderen Problemen vorliegt. Wie so viele Erscheinungen des Rechtslebens läßt sich auch die wirtschaftliche Hörigkeit unter verschiedenen rechtlichen Gesichtspunkten, z. B. auch danach betrachten, ob ein Fall von Abhängigkeit vorliege.

Es kann also nicht nur eine freiwillige, sondern auch eine unfreiwillige Krediteinräumung das Vorliegen einer rechtserheblichen Abhängigkeit bewirken. Insbesondere kann sie auch durch einen eingefrorenen Kredit entstehen. Dies lehnt allerdings Flechtheim[30]) ab. Aber eine Begründung ist nicht ersichtlich. Denn wenn Flechtheim in Anm. 45 zu § 226 HGB. sagt, daß für die Frage, ob Abhängigkeit gegeben sei, die Umstände auszuscheiden hätten, die „auf Zufall" beruhten (Flechtheim S. 243 a a. a. O.), so ist das zu unbestimmt, um für oder wider über-

---

[26]) Flechtheim bei Düringer-Hachenburg Anm. 45, Horrwitz-Ullmann Anm. 11 zu § 226.

[27]) So auch Schlegelberger-Quassowski-Schmölder Anm. 33 a zu § 226.

[28]) S. 8.

[29]) Voraussetzung ist, daß es auch keine Möglichkeit hat, ihn durch einen anderen zu ersetzen.

[30]) Bei Düringer-Hachenburg Anm. 48 zu § 226 unter Hinweis auf seine Ausführungen Anm. 45 zu § 226.

zeugen zu können. Flechtheim lehnt es selbst in anderem Zusammenhange[31]) ab, nur solche Tatbestände als herrschaftsbegründend anzusehen, „die ein Recht auf Herrschaft begründen", indem er zeigt, daß sogar das Stimmrecht in diesem Sinne nicht herrschaftsbegründend wäre, weil erst die Vereinigung von Aktien in einer Hand die Mitverwaltung des Einzelnen zur Herrschaft steigere. Dann aber ist die Herrschaftsmöglichkeit immer nur „zufällig" an andere Sachverhalte geknüpft. Sie ist dann an den freiwillig hingegebenen Kredit nicht weniger „zufällig" geknüpft als an den eingefrorenen: die Herrschaftsmöglichkeit folgt bei beiden erst mittelbar aus auf andere Regelungen ausgehenden Rechtsverhältnissen.

Die innere Nichtberechtigung seiner Ablehnung erkennt wohl auch Kronstein an, wenn er sagt[32]): „Darauf, daß sich eine für uns in Betracht kommende Abhängigkeit unter Umständen (aus der wirtschaftlichen Hörigkeit) entwickeln kann, kommt es nicht an". Kronstein kommt nicht an der Tatsache vorbei, daß der wirtschaftliche Druck, wie die Erfahrung überall lehrt, ein höchst wirksames Beeinflussungs- und Beherrschungsmittel ist. Er muß der offenbar auch von ihm als unerträglich angesehenen Konsequenz ausweichen, solche Unternehmungen nicht als abhängig z. B. im Sinne von § 226 Abs. IV HGB. ansehen zu können. Nun kann er „im Bedarfsfall" ein irgendwie „durch besondere Umstände", wahrscheinlich dann durch „stillschweigende Vereinbarung"[33]) begründetes Abhängigkeitsverhältnis behaupten. Mir scheint es einfacher und richtiger zuzugeben, was vermutlich jeder unvoreingenommen die wirtschaftlichen Tatsachen Uebersehende sagen wird: daß nämlich ein an einen Gläubiger überverschuldetes Unternehmen abhängig ist. Selbstverständlich aber müssen die sonstigen Voraussetzungen der Abhängigkeit, insbesondere eine gewisse Dauer der Beeinflussungsmöglichkeit[34]), gegeben sein.

δ) Der erörterte Begriff der Abhängigkeit hat noch eine eigentümliche Schwierigkeit zu bestehen, bevor er als eigenwertiger Begriff anerkannt werden kann. Diese Schwierigkeit beruht darin, daß jedes Unternehmen, das eine juristische Person oder eine Gesellschaft ist, von ihren Mitgliedern „strukturell"[35]) abhängig ist. In der Generalversammlung der Aktiengesellschaft etwa werden von den Aktionären die Beschlüsse gefaßt, die das Schicksal der Aktiengesellschaft bestimmen. Die Unternehmung als juristische Person scheidet sich von den in der juristischen Person „verbundenen Einzelpersonen nicht wie ein ihnen fremdes Drittes, sondern wie das von ihnen getragene

---

31) Anm. 45 zu § 226 bei Düringer-Hachenburg; S. 242 a.
32) S. 8 letzter Satz vor Abs. 1.
33) Vergl. auch Kronstein S. 47 unten.
34) Vergl. oben § 2 cβ.
35) Um einen Ausdruck der Marktforschung zu übernehmen.

und ihnen zugehörige Ganze“[36]), sie ist also für ihre Mitglieder da und von diesen immer abhängig. Es könnte bezweifelt werden, daß neben dieser umfassenden Abhängigkeit ein besonderer, engerer Begriff möglich, und wie er abzugrenzen ist.

Daß ein grundlegender Unterschied zwischen der Abhängigkeit einer Aktiengesellschaft von ihren Aktionären besteht, wenn jeder von ihnen nur eine von vielen Aktien besitzt, und der Abhängigkeit etwa einer Ein-Mann-Gesellschaft von ihrem Gesellschafter ist ohne weiteres klar und bedarf daher keines Nachweises. Wie aber ist dieser Unterschied zu fassen?

Er kann nicht so umschrieben werden, wie Kronstein[37]) das tut, der die allgemeine Einwirkungsmöglichkeit von Aktionären auf ihre Aktiengesellschaft auf Entschlüsse gründen zu können meint, „die mindestens theoretisch nur den Interessen der juristischen Person selbst dienen dürfen“, während bei der im engeren Sinne abhängigen, bei der „wirtschaftlich abhängigen“[38]) Person „die Selbständigkeit der Willensbildung wie der Eigenzweck der in der juristischen Person verkörperten Organisation . . . . ganz oder teilweise nur noch ein scheinbarer“ sei.

Wenn Kronstein meint, der Aktionär müsse — etwa durch seine Abstimmungen — stets den Interessen der Aktiengesellschaft selbst dienen, so folgt er damit der Sache nach einer nichts weniger als gesicherten Lehre, nämlich der vom „Unternehmen an sich“[39]), deren Widerlegung im Einzelnen den Rahmen dieser Arbeit sprengen würde. Immerhin sei bemerkt, daß der Gedanke, man könne und müsse ein Unternehmen gegen seinen Eigentümer schützen[40]), grundsätzlich abzulehnen ist. Die etwa erforderlichen Schranken der Eigentümerwillkür werden durch das öffentliche Recht (vergl. etwa die Stillegungsverordnung in der Fassung vom 15. 10. 1923) gesetzt.

Die Unbrauchbarkeit des Begriffs vom „Unternehmen an sich“ zeigt vielleicht am deutlichsten ein Vortrag Schlegelbergers am 4. 12. 1930[41]), der, obwohl sich der Begriff in der amtlichen Begründung zum Aktiengesetzentwurf befindet, sachlich völlig von ihm abrückt. Nach Schlegelberger betont der Begriff im Ergebnis nur die Rechtspersönlichkeit der Aktiengesellschaft. Hierfür aber ist ein neuer Begriff gewiß nicht erforderlich.

Daß die Entschlüsse des Aktionärs auch nicht einmal theoretisch den Interessen der Aktiengesellschaft dienen müssen, wie Kronstein S. 6 meint, zeigt auch § 137 des Entwurfs für ein

---

36) O. Gierke, Deutsches Privatrecht I, S. 458.

37) S. 6.

38) Wie sie hier genannt werden soll.

39) Dazu und dagegen vor allem: Nußbaum, Beiträge zum Wirtschaftsrecht S. 499 ff.

40) Vergl. Nußbaum a. a. O. S. 501.

41) Vergl. Nußbaum, Beiträge zum Wirtschafsrecht S. 500.

Gesetz betr. die Aktiengesellschaften von 1931, in dem nur die Verfolgung gesellschaftsschädlicher, nicht schon gesellschaftsfremder Sondervorteile durch einen Aktionär mißbilligt wird[42]). Träfe Kronsteins Auffassung zu, so müßte auch letzteres der Fall sein.

Der Unterschied der beiden Formen der Abhängigkeit besteht vielmehr darin, daß bei struktureller Abhängigkeit die betr. Aktiengesellschaft als isolierte Wirtschaftseinheit die Entschließung beeinflußt. Die wirtschaftlich abhängige Aktiengesellschaft dagegen beeinflußt die Entschließung des Aktionärs nicht durch sich selbst isoliert, die Tatsache der Verknüpfung mit einer anderen Wirtschaftseinheit beeinflußt vielmehr die Abstimmung. Bei der strukturellen Abhängigkeit fehlt ein solches Beziehen auf eine andere Wirtschaftseinheit: die Bedeutung des Tuns des Aktionärs erschöpft sich hier in dem Sinn seiner spezifischen aktienrechtlichen Befugnisse.

d) Die wirtschaftliche Abhängigkeit entsteht auf verschiedene Weise. Eine erschöpfende und streng systematische Darstellung ist nicht möglich, da das Leben immer wieder neue Wege zeigt. Es kommt hinzu, daß die notwendig analysierende Darstellung insofern ein schiefes Bild gibt, als die einzelnen Beherrschungsmittel kaum je isoliert, sondern fast immer verbunden auftreten. Auch spielt Unwägbares eine nicht zu unterschätzende Rolle. So kann der langfristig angestellte Vorstand einer gegen den Willen des Vorstands angegliederten Aktiengesellschaft durch „passive Resistenz" manche unter anderen Umständen gegebene Herrschaftsmöglichkeit abschwächen[43]). Mit diesen gebotenen Einschränkungen läßt sich sagen, daß die wichtigsten Beherrschungsformen die kapitalistische Beteiligung, vertragsmäßige und statutenmäßige Herrschaftsrechte, personelle Einflüsse insbesondere bei Personalunion und wirtschaftlicher Druck sind[44]).

α) Wann die, nicht notwendig unmittelbare[45]), kapitalistische Beteiligung zu einem beherrschenden Einfluß ausreicht, ist im einzelnen Falle sehr verschieden[46]). So kann der Besitz von 40%

---

[42]) Die darin liegende Aenderung gegenüber dem ersten Entwurf beruht offenbar auf der Kritik Martin Wolff's, ZBlH. 1930 S. 327 Anm. 1.

[43]) Vergl. Flechtheim bei Düringer-Hachenburg, Anm. 46 zu § 226.

[44]) Die Einteilung folgt im wesentlichen der Gruppierung von Flechtheim bei Düringer-Hachenburg Anm. 45 zu § 226, zu der aber noch die „statutenmäßige" Abhängigkeit gefügt ist. Der Ausdruck Kronsteins (S. 7): „organisatorische Abhängigkeit" erscheint nicht treffend, da das Statut nicht nur die Organisation der AG. regelt und andrerseits ihre Organisation mindestens mittelbar auch durch Vertrag beeinflußt sein kann.

[45]) Auch die „Enkelgesellschaft" ist abhängig. So hat z. B. die Tochtergesellschaft der Favag, die Industrie-Kredit-GmbH. ihrerseits Tochtergesellschaften; vergl. Revisionsbericht S. 13.

[46]) Die besonderen Probleme, die bei einer hundertprozentigen Beherrschung (Ein-Mann-Gesellschaft) entstehen, werden hier nur kurz angedeutet, da sie in Griebels Arbeit „Die Ein-Mann-Gesellschaft" eine besondere und eingehende Darstellung gefunden haben. Damit soll nicht gesagt sein, daß ich Griebels Lösungen überall zustimme.

des Aktienkapitals die Herrschaft über eine Aktiengesellschaft gewähren, wenn der restliche Aktienbesitz zersplittert ist[47]), und anderseits genügen 49% dann nicht zur Herrschaft, wenn die restlichen 51% in einer Hand sind[48]). Immer genügen natürlich 75%[49]), auch wenn ein einzelner Aktionär die für gewisse Minderheitsrechte[50]) nötigen Anteile allein besitzt[51]); denn die Geltendmachung dieser Minderheitsrechte kann die Verwaltung einer Aktiengesellschaft nur ausnahmsweise so stören, daß sie von der Minderheit geradezu beherrscht werden kann.

Damit ist bereits die Frage beantwortet, ob eine Sperrminorität zur Beherrschung einer Aktiengesellschaft ausreicht[52]). Eine Minderheit von 25% kann grundsätzlich nicht genügen, eine solche von 26—50% kann bei Zersplitterung des Restbesitzes ausreichen[53]). Anders kann aber zu entscheiden sein, wenn die Aktien der Minderheit etwa bevorzugtes Stimmrecht haben[54]). Dann kann ein Minderheitsbesitz auch ohne Zersplitterung des Restbesitzes sehr wohl zur Herrschaft über die Aktiengesellschaft führen, wie in diesem Fall entsprechend die Mehrheit eine Herrschaftsmöglichkeit nicht zu haben braucht[55]). In aller Regel aber bedeutet der Besitz von 51% der Aktien die Herrschaft über die betreffende AG.

Eine Beherrschung durch kapitalistische Beteiligung ist selbstverständlich auch bei nicht körperschaftlich organisierten Unternehmungen möglich. So kann (etwa) eine Aktiengesellschaft die beherrschende Gesellschafterin einer o.HG. sein[56]). Diese o.HG. wird aber nur dann als abhängig anzusehen sein, wenn die übrigen Gesellschafter von der Geschäftsführung ausgeschlossen sind[57]). Auch als Kommanditist und als stiller Gesellschafter kann eine Person beherrschenden Einfluß haben[58]).

---

[47]) Art. 11 der Internationalen Rohstahl-Gemeinschaft nimmt „Besitz" eines Unternehmens bei 40prozentiger Kapitalbeteiligung an; vergl. Flechtheim, Enquete S. 38. Bemerkenswert ist auch § 5, 2 bb PrGstVO.: Dieser spricht bei mehr als 25prozentiger Kapitalbeteiligung von „wesentlicher Beteiligung" (vergl. PrGesS. 1929 S. 47).

[48]) Vergl. Neufeld Anm. 5. Schlegelberger Anm. 33 (S. 41) zu § 226.

[49]) RFH. 31,297; die Möglichkeit, Satzungsänderungen durchzusetzen, ist aber für eine Beherrschung nicht erforderlich: Horrwitz-Ullmann Anm. 11 zu § 226; Lehmann-Hirsch Anm. 29 zu § 226.

[50]) Vergl. §§ 264, 266, 268 HGB.; 50 GmbH.-Ges.

[51]) Flechtheim Anm. 46 zu § 226 bei Düringer-Hachenburg; A. A. Friedländer Anm. 14 b zu § 226.

[52]) Bejahend: Staub-Pinner, Novelle, Anm. 26 zu § 226; Neufeld Anm. 5 zu § 226. Verneinend: Lehmann-Hirsch Anm. 29 zu § 226.

[53]) Vergl. oben § 2, d α.

[54]) Beispiel für eine Effektenbeteiligung mit erhöhtem Stimmrecht bietet der Revisionsbericht S. 14: dort ist einem Geschäftsanteil einer Enkelgesellschaft der Favag neunfaches Stimmrecht beigelegt, um ihm dieselbe Stimmenmacht wie dem anderen Anteil zu geben.

[55]) Flechtheim bei Dürenberg-Hachenburg Anm. 46 zu § 226.

[56]) Lehmann-Hirsch Anm. 27 zu § 226.

[57]) Flechtheim bei Düringer-Hachenburg Anm. 46 zu § 226.

[58]) Lehmann-Hirsch Anm. 27 zu § 226; Beispiele bei Haußmann, Praxis S. 63 ff., 77 ff.

Schließlich kann eine „Quasi-Beteiligung“ zur Beherrschung eines Unternehmens führen. Als solche wird man die Möglichkeiten auf Grund des durch die Anerkennung der Legitimationsübertragung möglichen Depotstimmrechts der Banken[59]), auf Grund eines Nießbrauchs[60]) oder Pfandrechts (mit Stimmrechtsübertragung) an Aktien bezeichnen dürfen[61]).

β) War es im Vorigen die Summierung der durch eine Beteiligung gesetzlich vermittelten Rechte an einem Unternehmen, die als Mittel zu seiner Beherrschung dargestellt wurde, so bietet das Gesetz für die nun zu behandelnde Abhängigkeit auf Grund besonderer Verträge keinen besonderen Ausgangspunkt. Gleichwohl ist das Recht eines Unternehmens, einem Dritten obligatorische Rechte bezüglich der Organbestellung, zur Beeinflussung oder gar Führung der Geschäfte oder zur Einwirkung auf die Gewinnverteilung einzuräumen[62]), anzuerkennen. Ein allgemeines Verbot von Abhängigkeitsverhältnissen besteht nicht[63]); dann ist aber auch gegen eine vertragliche Unterwerfung nichts Grundsätzliches einzuwenden[64]).

Die hier als möglich bezeichneten vertraglichen Rechte können rechtsgeschäftlich auch von einer Aktiengesellschaft eingeräumt werden, obwohl sie durch das Gesellschafts*statut* nicht alle wirksam begründet werden könnten[65]), da durch solche Verträge nicht in die Eigenpersönlichkeit der abhängigen Aktiengesellschaft eingegriffen wird. Verstößt das Tochterunternehmen gegen den Vertrag, so ist eine Vollstreckung auf Grund eines Urteils gerade in den Fällen unmöglich, in denen die Möglichkeit einer statutarischen Abhängigkeit abgelehnt wird. So können die von den Aktionären zu fassenden Beschlüsse auf Vorstandsbestellungen niemals durch ein Urteil gegen die *Aktiengesellschaft* ersetzt werden (vergl. § 894 ZPO.), während ein die *Satzung* verletzender Beschluß grundsätzlich anfechtbar ist (vergl. § 271 HGB.). Es ist somit auch innerlich eine verschiedene Behandlung anscheinend „gleichartiger“ Fälle von statutarischer und vertragsmäßiger Abhängigkeit durchaus begründet.

Ueber den Inhalt der auf die Schaffung von Abhängigkeitsverhältnissen gerichteten Verträgen gibt die Zusammenstellung

---

[59]) Dazu und dagegen insbesondere: Nußbaum, Aktionär und Verwaltung S. 26 ff. Vergl. auch Lehmann-Hirsch Anm. 27 zu § 226.

[60]) M. E. verschafft der Nießbrauch das Stimmrecht. Ueber den Stand der Ansichten: Kronstein S. 61 Anm. 63 a.

[61]) Manche sprechen statt von „Quasi-Beteiligung“ allgemeiner von stimmenmäßiger Abhängigkeit.

[62]) Vergl. Kronstein S. 46 ff.

[63]) Vergl. unten § 4.

[64]) Dazu noch unter § 4 a. E.

[65]) Vergl. unten § 2 d γ.

oben zu Note 62 genügenden Aufschluß. Nur einige Einzelfragen sind nachzutragen.

Grundsätzlich ist die Möglichkeit positiver Beeinflussung der Geschäftsführung[66]) zu fordern. Aber schon die Verpflichtung eines Unternehmens, gewisse Geschäfte nicht ohne Zustimmung eines Dritten abzuschließen, kann Abhängigkeit bewirken[67]), wenn die Zustimmung nicht nur bei ungewöhnlichen, sondern etwa bei allen Geschäften über eine bestimmte, nicht zu hohe Wertgrenze hinaus, einzuholen ist.

Auf die Rechtsnatur des Vertrages kommt es nicht an[68]), da ein an sich farbloser Vertrag durch besondere Ausgestaltungen ein klares Unterordnungsverhältnis bewirken kann. So können auch Betriebsüberlassungs- bzw. Pachtverträge[69]) oder eine Interessengemeinschaft[70]) trotz anscheinender Koordination Abhängigkeitsverhältnisse schaffen[71]).

Auch das Unternehmen eines Einzelkaufmanns kann sich übrigens vertraglich einem andern unterwerfen[72]) und diese Möglichkeit wird sich bei Erörterung des § 226 HGB. als bedeutsam erweisen[73]).

γ) Deutlich ist diese Beherrschungsmöglichkeit auch dann, wenn das Statut einer juristischen Person (bzw. der Vertrag einer Gesellschaft) einer anderen Herrschaftsrechte einräumt.

Das kann dadurch versucht werden, daß das Statut einem Dritten das Recht zur Organbestellung (aa), oder die Entscheidung über den auszuzahlenden Gewinn (cc), oder unmittelbar Anweisungsrechte bezüglich der Geschäftsführung (bb) gibt[74]).

---

66) Das beste Beispiel hierfür ist die Organgesellschaft. Vergl. (Düringer-) Hachenburg, Einleitung zum Band III Note 142 ff. Hamburger in der Festschrift für Seckel, 1927.

67) A. A. Flechtheim bei Düringer-Hachenburg Anm. 47 zu § 226.

68) Haußmann, Grundlegung S. 125 ff.

69) Beispiel bei Flechtheim, Enquête S. 11.

70) Interessant das Verhältnis der Favag zur Commercial Union Assecurance Comp. Ltd. in London. Der Generaldirektor der Favag hatte Vollmacht für die englische Gesellschaft. Diese wieder war quotenmäßig am Geschäft der Favag beteiligt, während die Favag an dem Weltgeschäft der Engländerin außer Amerika beteiligt war. Später kam dann eine Effektenbeteiligung der Engländerin an der Favag hinzu. Vergl. Revisionsbericht S. 10. Ob hier ein Abhängigkeitsverhältnis bestand, ist auf Grund der im Revisionsbericht enthaltenen Angaben nicht mit Sicherheit zu entscheiden.

71) Vergl. Schlegelberger-Quassowski-Schmölder Anm. 33 zu § 226. Rosendorff S. 254. Friedländer Anm. 14 b zu § 226. Flechtheim bei Düringer-Hachenburg Anm. 47 zu § 226. Haußmann, Praxis S. 106 ff. A. A.: Kronstein S. 54, Lehmann-Hirsch Anm. 30 zu § 226.

72) Vergl. Haußmann, Praxis S. 82 ff.

73) Vergl. unten § 3 2 c.

74) Vergl. Kronstein S. 17 ff.

aa) Daß das Statut einer Aktiengesellschaft einem Dritten das Recht zur Vorstandsbestellung[75]) geben könne[76]), ist herrschende Lehre[77]) und kommt in den Satzungen mancher Gesellschaften zum Ausdruck[78]). Gleichwohl kann es nicht als möglich anerkannt werden[79]).

Dabei ist zunächst wichtig, daß das RG. und die Lehre die Möglichkeit ablehnen, daß ein Statut einem Dritten das Recht zur Aufsichtsratsbestellung geben könne[80]). Ein innerer Grund für eine unterschiedliche Behandlung von Aufsichtsrat und Vorstand in dieser Richtung ist nicht ersichtlich. Im Gegenteil scheint die dem Vorstand vom Gesetz gegebene Stellung als gesetzlicher Vertreter und somit großenteils Träger der Willensbildung der Körperschaft eher dafür zu sprechen, daß gerade er nur von der Aktiengesellschaft selbst sollte bestellt werden können. Der Wortlaut des Gesetzes spricht nicht gegen die hier vertretene Ansicht. Denn einmal könnte aus dem Wortlaut des § 243 HGB. auch geschlossen werden, daß nur drei Mitglieder des Aufsichtsrats von der Generalversammlung gewählt werden müssen, während Einigkeit darüber besteht, daß er sich auf alle gewählten Aufsichtsratsmitglieder bezieht[81]). Und wenn anderseits § 190 HGB. davon spricht, daß der erste Vorstand „in anderer Weise als durch Wahl der Generalversammlung" bestellt werden könne, so ist damit nicht die Art der Bestellung völlig frei gegeben: das Gesetz konnte etwa an die Bestellung durch den Aufsichtsrat denken, wenn es allgemein von „anderer Weise" der Bestellung sprach.

Die hier vorgetragene Ansicht empfiehlt sich durch Herstellung der gleichmäßigen Behandlung innerlich gleichliegender Sachverhalte[82]) und weiter durch die Vermeidung der sonst not-

---

[75]) Darin liegt als minus die Zulassung auch eines Vorschlagsrechts u. ä.; vergl. Kronstein S. 17.

[76]) Bei Gesellschaften, etwa bei der oHG., können entsprechende Fragen auftauchen. Hier ist ein im Gesellschaftsvertrag festgelegtes Bestimmungsrecht Dritter mit Rücksicht auf den Grundsatz der Vertragsfreiheit zuzulassen. Für die GmbH. gilt das entsprechend ihrer mehr gesellschaftsähnlichen Struktur m. E. ebenfalls; vergl. GmbH.-Ges. Kommentar von Brodmann S. 147.

[77]) Staub-Pinner § 231 Anm. 20 (mit Einschränkungen); Staub-Hachenburg Anm. 42 zu § 35; Fischer bei Ehrenberg III 1 S. 213; v. Tuhr I S. 520. OLG. 34,359; Kronstein S. 19.

[78]) Vergl. Flechtheim-Wolff-Schmulewitz S. 16.

[79]) Ebenso Könige-Teichmann-Köhler § 231 Anm. 5; Brodmann 5 a zu § 231.

[80]) RGZ. 133,94; Staub-Pinner Anm. 1 zu § 243. Anderes gilt für die GmbH., vergl. Staub-Hachenburg § 52 Anm. 9.

[81]) Vergl. Staub-Pinner Anm. 1 zu § 243.

[82]) Bestellung von Aufsichtsrat und Vorstand nur durch die AG. selbst, bzw. körperschaftszugehörige Stellen.

wendigen Vorstellung, daß eine Körperschaft, die doch ein Organismus ist[83]), ihre Lebenskräfte von außen beziehen könnte[84]). Auch ist zu bedenken, daß sogar ein Prokurist bei der Aktiengesellschaft nur mit Zustimmung des Aufsichtsrats bestellt werden darf: um so mehr muß ein Gesellschaftsorgan bei der Vorstandsbestellung mitwirken[85]). Zwar betrifft das Letztere die Begründung der Vertretungsmacht gewisser Personen, das Erstere deren Recht, ihrerseits Vertretungsmacht zu verleihen[86]). Es bleibt aber dabei, daß die Verleihung der Vertretungsmacht sogar durch die gesetzlichen Vertreter der Aktiengesellschaften ohne den Aufsichtsrat unmöglich ist. Dann kann aber noch weniger ein Dritter allein die ursprüngliche Vertretungsmacht für die Aktiengesellschaft begründen.

Schließlich ist die herrschende Lehre genötigt, Inkonsequenzen zu begehen, indem sie nämlich das Widerrufsrecht der Bestellung auch demjenigen Dritten nicht gibt, dem sie die Vorstandsbestellung überläßt[87]). Die Begründung hierfür von Staub-Pinner a. a. O., daß der Vorstand bei Zulassung seiner Abberufung durch einen Dritten von einer außerhalb der Gesellschaft stehenden Stelle abhängig würde, spricht schon gegen die Möglichkeit, ihn von einem Dritten bestellen zu lassen.

bb) Wird aber dies abgelehnt, so muß auch ein im Statut festlegbares Recht Dritter auf Anweisung des Vorstands einer Aktiengesellschaft in seiner Geschäftsführung bestritten werden. Dies entspricht der herrschenden Lehre[88]), obwohl diese von ihrem Standpunkt aus, der die Bestellung des Vorstands durch Dritte zuläßt, wohl zu anderen Ergebnissen kommen müßte. Von der hier vertretenen Ansicht aus ist die Ablehnung einer derartigen Einflußnahme nur folgerichtig. Denn da der Vorstand Willensorgan ist, so darf, soweit die Struktur der Aktiengesellschaft in Frage steht, „kein anderer Einfluß wie ein solcher, der von der Korporation ausgeht, ... für die Inhaber des Vorstandsamts" maßgebend sein[89]).

Dies gilt aber nur, soweit eine statutarische Bindung der abhängigen Person, nicht dagegen, soweit eine nur obligatorische Bindung in Frage steht. Eine solche ist in den allgemeinen Grenzen zulässiger Unterwerfung möglich[90]).

cc) Statutarisch teilweise möglich, aber nicht für sich allein abhängigkeitsbegründend sind dagegen Bindungen einer AG. in

---

[83]) Damit ist nicht zugunsten der Organtheorie Stellung genommen.
[84]) Vergl. auch Staub-Pinner § 231 Anm. 16 Abs. 3 Satz 1, Halbsatz 2.
[85]) Könige-Teichmann-Köhler § 231 Anm. 5.
[86]) Das wendet Kronstein S. 19 Note 23 ein.
[87]) Vgl. Staub-Pinner § 231 Anm. 16 Abs. 3; gegen diese Kronstein S. 31.
[88]) Vergl. Fischer bei Ehrenberg S. 214. Bondi, Festgabe für Liebmann 1920 S. 284 Staub-Pinner Anm. 4 zu § 231. Haußmann Grundlegung S. 149/59. A. A.: Kronstein S. 38/39.
[89]) Vergl. Fischer a. a. O.
[90]) Vergl. u. § 4.

ihrer Gewinnausschüttung und die Beschränkung des Gegenstandes einer AG. derart, daß sie ausschließlich den Zwecken eines anderen Unternehmens dient[91]). Denn in beiden Fällen ist ein Einfluß auf die Geschäftsführung, ohne den Abhängigkeit nicht möglich ist, nicht notwendig vorhanden[92]).

Wenn die wirtschaftliche Betätigung einer AG. festgelegt ist, so mag dies für ein anderes Unternehmen wertvoll und sogar lebenswichtig sein; aber ein Herrschaftsrecht für dieses folgt daraus umso weniger, als auch unternehmensfremde Geschäfte der „festgelegten" AG. nach ganz herrschender Lehre wirksam sind[93]). Auch die §§ 312 HGB., 266 StGB., die bei Zutreffen der sonstigen Voraussetzungen auch den Abschluß unternehmensfremder Geschäfte unter Strafe stellen, können nicht als abhängigkeitsbegründend angesehen werden, da sie bewußtes Handeln zum Nachteil der Gesellschaft verlangen, das bei bloßem Abschluß von gesellschaftsfremden Geschäften kaum je nachzuweisen sein wird[94]).

Die Tatsache allein, daß eine AG. durch ihr Statut zu einer bestimmten Art der Gewinnberechnung und -Verteilung gehalten ist[95]), bewirkt für sich allein ebensowenig eine Beherrschungsmöglichkeit, da die Geschäftsführung nicht beeinflußt zu werden braucht. Denn es handelt sich nur darum, daß die AG. bezüglich der Aktiven an vorangegangene Beschlüsse etwa des Aufsichtsrats gebunden sein soll. Das kann für die Aktionäre von großer Bedeutung sein, da ihr Anrecht auf den Reingewinn dadurch illusorisch werden kann[96]). Aber auf Dritte kann ein Unternehmen durch eine nur derart „gebundene" AG. nicht einwirken, da sie auf Grund dieser Bindung im übrigen keinen Einfluß auf die Geschäftsführung der gebundenen AG. hat.

Dies mußte aus Gründen gedanklicher Sauberkeit betont werden. Aber es ist wohl unmöglich, daß diese Formen statutarischer Gebundenheit nicht mit einer anderen, abhängigkeitsbegründenden, insbesondere vertraglichen Unterwerfung einhergehen. Sonst wäre schon unverständlich, wie denn diese Bindung überhaupt in das Statut kam!

δ) Ein höchst wirksames Beherrschungsmittel kann in persönlichen Einflußmöglichkeiten liegen[97]), wie sie insbesondere bei Personalunion der leitenden Personen zweier Unterneh-

---

91) A. A.: bezüglich der Abhängigkeitsbegründung Kronstein, S. 35 ff. (37) 39 ff., wenn er die Bindung auch für gering hält.

92) Vergl. unten § 2 d δ.

93) Vergl. Brodmann Anm. 10 a zu § 182 und unten § 10 Anm. 2.

94) Vergl. Grünhut, RG.-Praxis V, S. 116 ff.

95) Ob das durch das Statut rechtswirksam geschehen kann, ist streitig; vergl. Staub-Pinner Anm. 1 a zu § 260.

96) Vergl. etwa Brodmann Anm. 6 c zu § 213; anderseits Flechtheim bei Düringer-Hachenburg Anm. 18 zu § 213.

97) Beispiel: Revisionsbericht S. 100 bezüglich des Verhältnisses der Favag zur Industriekredit GmbH.

mungen deutlich sind. Aber auch teilweise Personenidentität kann ein Abhängigkeitsverhältnis begründen, sofern die fraglichen Personen nach der Organisation ihrer Unternehmungen für bestimmte, gerade im Verhältnis der beiden Unternehmungen zu einander und zu Dritten wichtige Geschäfte zuständig und ausschlaggebend sind[98]). Das kann etwa der Fall sein, wenn ein Prokurist des Mutterunternehmens Vorstandsmitglied einer abhängigen Gesellschaft[99]) ist. Im allgemeinen aber ist die nur teilweise Identität leitender Personen zweier Unternehmungen nicht geeignet, für sich allein Abhängigkeitsverhältnisse zu schaffen[100]). Das gilt z. B. für den häufigen Fall, daß das Vorstandsmitglied einer AG. im Aufsichtsrat einer anderen Gesellschaft sitzt.

ε) Schon oben ist gesagt[101]), daß durch wirtschaftlichen Druck, etwa auf Grund von Kreditgewährungen ein Herrschaftsverhältnis des Kreditgebers entstehen kann. Dort ist auch bereits ausgeführt, daß sogar bei unfreiwilliger Kreditgewährung ein Abhängigkeitsverhältnis entstehen kann. Als weiteres Beispiel ist an den Fall zu denken, daß der Fabrikant eines berühmten Artikels den Vertrag mit einem zu dessen Vertrieb alleinberechtigten Unternehmen[102]), das sich ganz auf ihn eingestellt hat, lösen[103]) oder nicht erneuern will. Dies könnte geradezu zur Existenzvernichtung, die Vermeidung dieser Folge zur Unterwerfung führen. Auch hier wird wohl immer ein Vertrag nebenher gehen. Da dieser aber nicht selten gemäß § 138 BGB. nichtig sein wird, behält das hier dargestellte Beherrschungsmittel als selbständige Kategorie seine Bedeutung.

§ 3.

2. Der Begriff der abhängigen Gesellschaft hat eine besondere Bedeutung durch die Aktiennovelle vom 19. 3. 1931 bekommen, die den Begriff in den Absatz 4 des neu gefaßten § 226 HGB. aufnahm. Nach der dort gegebenen Definition soll als abhängig aufzufassen sein eine Handelsgesellschaft oder bergrechtliche Gewerkschaft, die „auf Grund von Beteiligungen oder in sonstiger Weise unmittelbar oder mittelbar unter dem beherrschenden Einfluß einer AG. oder Kommanditgesellschaft auf Aktien" steht[1]).

---

98) A. A.: wohl Flechtheim bei Düringer-Hachenburg Anm. 49 zu § 226.

99) Vergl. Flechtheim, Enquête S. 13.

100) Schlegelberger-Quassowski-Schmölder Anm. 33 zu § 226, S. 43.

101) Vergl. oben § 2 1 c γ.

102) Man denke an eine „Niederlage der (berühmten) X-Schuhe".

103) Man wende nicht ein, daß dies nur aus bestimmten Gründen möglich sei: ein Vorwand ist leicht gefunden, und den etwa sich anschließenden Rechtsstreit kann das große Fabrikationsunternehmen gewöhnlich leichter auf sich nehmen, als der kleine oder mittlere Gewerbetreibende.

1) Der Begriff ist enger als der der Konzerngesellschaft im § 246 Abs. 1, 260 a, Abs. 2 u. 3, 261 a, Abs. 1. Vergl. Lehmann-Hirsch Anm. 21 zu § 226; Schlegelberger-Quassowski-Schmölder Anm. 36 zu § 226, S. 45/6.

a) Zur Erläuterung dieses Begriffes der Abhängigkeit kann weitgehend auf das oben allgemein über das abhängige Unternehmen Gesagte verwiesen werden.

Auch hier ist also ein wirklich umfassender Einfluß[2]) von gewisser Dauer[3]) zu fordern, der auch hier nicht auf rechtlichen Tatbeständen zu beruhen braucht[4]).

b) Die Beherrschung soll nach § 226 Abs. 4 auf Grund von Beteiligungen oder in sonstiger Weise geschehen. Man hat aus dem vorangestellten Beispiel der „Beteiligung" entnehmen wollen[5]), daß als Beherrschungsmittel nur beteiligungsähnliche Verhältnisse in Frage kämen.

Das ist gewiß nicht aus dem Wort „sonstige" zu schließen[6]); der Einwand Lehmann-Hirschs[7]) allerdings gegen diesen Schluß ist unrichtig, denn in § 823 BGB. wird in der Tat nur e i n Recht genannt, nämlich das Eigentum: Leben, Körper, Gesundheit, Freiheit sind Lebensgüter, aber keine Rechte[8]). Aber wenn nur eigentumsähnliche, absolute Rechte durch § 823 Abs. 1 als geschützt angesehen werden, so liegt das daran, daß eine Verletzung relativer Rechte durch Dritte grundsätzlich ausgeschlossen ist[9]).

Auch innere Gründe fordern eine solche Beschränkung der Beherrschungsmittel nicht, verbieten sie vielmehr. Das Gesetz will ja verhüten, daß die Beschränkungen der AG. für den Ankauf eigener Aktien nicht durch die Benutzung abhängiger Unternehmungen wirkungslos werden können. Das aber könnte sowohl bei effektenmäßiger Beteiligung wie auch bei anderen Beherrschungsmitteln geschehen. Daher ist eine solche Beschränkung abzulehnen[10]).

Im übrigen sind auch hier außer der Beteiligung die vertragsmäßige, die statutarische, weiter die Abhängigkeit auf Grund personeller Einflüsse und schließlich die auf Grund wirtschaftlichen Drucks zu unterscheiden, über die oben[11]) das Erforderliche gesagt ist.

c) Während oben die Abhängigkeit jeden Unternehmens als rechtserheblicher Sachverhalt[12]) betrachtet wurde, erklärt § 226 Abs. 4 nur die Abhängigkeit einer Handelsgesellschaft oder bergrechtlichen Gewerkschaft für bedeutsam. Somit scheinen die stille Gesellschaft, die Gesellschaft des BGB., die Genossenschaft

---

[2]) Vergl. oben § 2 zu Anm. 13.
[3]) Vergl. oben § 2, c β.
[4]) Vergl. oben § 2 c γ.
[5]) Horrwitz-Ullmann, § 226 Anm. 12; vergl. auch Kronstein, S. 3 Anm. 3.
[6]) So Kronstein a. a. O., der auf § 823 Abs. 1 BGB. hinweist.
[7]) Anm. 25 zu § 226.
[8]) Vergl. Oertmann, Anm. 1 zu § 823.
[9]) Vergl. Oertmann, Anm. 3 d zu § 823.
[10]) Herrschende Lehre, vergl. Horrwitz-Ullmann, Anm. 12 zu § 226.
[11]) Vergl. § 2 1 d.
[12]) Nicht auch als „rechtlicher Tatbestand". Vgl. oben § 2 c α zu Anm. 22.

und das Einzelunternehmen nicht unter § 226 Abs. 4 HGB. zu fallen[13]). Aber dies scheint mir für das abhängige Einzelunternehmen trotz des Wortlauts des Gesetzes zweifelhaft. Wenn das Gesetz von Handelsgesellschaften spricht, so ist allerdings deutlich, daß nicht auch andere Personenvereinigungen unter § 226 Abs. 4 HGB. gebracht werden dürfen. Die Möglichkeit aber, daß auch ein Einzelunternehmen abhängig sein könne, hat der Gesetzgeber nicht bedacht. Es liegt eine Lücke vor, die auszufüllen ist. Diese Ausfüllung kann nur so geschehen, daß auch ein Einzelkaufmann als möglicherweise im Sinne von § 226 HGB. abhängig anzusehen ist, da sonst der § 226 einen großen Teil seiner Bedeutung verlieren würde.

d) Die abhängige Gesellschaft kann sowohl eine inländische wie eine ausländische sein[14]).

Das Gegenteil kann man sicher nicht damit begründen, daß § 226 HGB. sich nach seinem Wortlaut nur auf deutsche Gesellschaften beziehe, weil der Begriff „Handelsgesellschaft" ein terminus technicus des deutschen Rechtes sei[15]). Der Begriff „Handelsgesellschaft" ist ein internationaler[16]), und Lehmann-Hirsch müßten folgerichtig z. B. die Errichtung und Eintragung von Zweigniederlassungen ausländischer Aktiengesellschaften für unmöglich halten, weil ja auch der Ausdruck „Aktiengesellschaft" ein terminus technicus des deutschen Rechtes ist[17]).

Auch der zweite Beweisgrund, den Lehmann-Hirsch a. a. O. vorbringen, erweist sich nicht als stichhaltig. Sie meinen, der deutsche Gesetzgeber sei nicht „kompetent", Erwerbsgeschäfte zu beschränken, die von Ausländern im Ausland vorgenommen werden, insbesondere könne der deutsche Gesetzgeber nicht die schweizerischen Mitglieder des Verwaltungsrats einer schweizerischen AG. wegen Rechtshandlungen ersatzpflichtig machen, die in der Schweiz nach Schweizer Recht vollwirksam und gültig sind (vergl. § 227 a Abs. 1 HGB.).

Unzutreffend allerdings ist das, was hiergegen vorgebracht wird. Danach sei es eine Frage des internationalen Privatrechts, ob und inwieweit die einzelnen, das Verhältnis zwischen herrschender und abhängiger Gesellschaft betreffenden Rechtssätze auf ausländische abhängige Gesellschaften anwendbar seien[18]).

---

[13]) So allgemeine Meinung.

[14]) Schlegelberger-Quassowski-Schmölder Anm. 35 zu § 226. Flechtheim bei Düringer-Hachenburg Anm. 57 zu § 226. Rosendorff, S. 258. Staub-Pinner Anm. 26 zu § 226. A. A.: Lehmann-Hirsch Anm. 17 zu § 226. Neufeld Anm. 5 1. Abs. zu § 226. Goldschmit Anm. 12. Friedländer Anm. 14 a zu § 226.

[15]) So Lehmann-Hirsch Anm. 17 zu § 226.

[16]) Schlegelberger-Quassowski-Schmölder Anm. 35 z. § 226.

[17]) Vergl. Staub-Pinner Anm. 26 zu § 226.

[18]) Schlegelberger-Quassowski-Schmölder Anm. 35 zu § 226. Flechtheim bei Düringer-Hachenburger Anm. 57 zu § 226.

Oder man betont, daß der Ausländer im Inland den deutschen Gesetzen unterworfen sei[19]).

Es handelt sich nicht um eine Frage des internationalen Privatrechts[20]). Dieses entscheidet die Frage, welche von mehreren Rechtsordnungen als ganze zur Beurteilung eines Sachverhaltes berufen ist[21]). Es widerspricht aber geradezu seinem Wesen, wenn es dazu berufen wird, über die Anwendbarkeit dieses oder jenes Paragraphen derselben Rechtsordnung auf einen Sachverhalt zu entscheiden. Dies ist typisch eine Frage der Auslegung der betreffenden Paragraphen, nicht des IPR.[22]). Dieses kann unmöglich zu dem Ergebnis führen, daß zwar im allgemeinen deutsches Recht, nicht aber der § 227 a Abs. 1 HGB. anzuwenden sei[23]).

Der Ausgangspunkt aller der Ansichten, die die Anwendung des HGB. als deutscher Rechtsquelle auf ausländische abhängige Gesellschaften einschränken wollen, ist irrtümlich. Das deutsche Recht kann nämlich zweifellos sogar Sachverhalte regeln, die keinerlei Anknüpfungsmöglichkeit an Vorgänge im Inland haben. Eine andere Frage ist, ob es dies völkerrechtlich darf. Die Möglichkeit aber, Ausländer im Ausland durch deutsche Gesetze zu beeinträchtigen, sollte im Zeitalter der Schuldenmoratorien an ausländische Gläubiger und sonstiger Zahlungsverbote etwa auf Grund von Devisenvorschriften nicht zweifelhaft sein. Eine den Ausländer im Auslande beeinträchtigende Regelung wird von dem ausländischen Richter zwar nicht anerkannt werden, weil er nur den Gesetzen seines Staates unterworfen ist; der deutsche Richter aber müßte ein solches Gesetz anwenden.

Richtig ist allerdings, daß kein Staat ohne Not Gesetze erlassen wird, die ins Ausland (auf Ausländer) wirken, schon um nicht entsprechende Gegenmaßregeln zu veranlassen. Aber diese Tatsache kann nur zu einer besonders sorgfältigen Auslegung des Gesetzes, insbesondere dahin veranlassen, ob eine solche weitgehende Wirkung vom Gesetzgeber wirklich gewollt war. Dies führt für § 226 HGB. zu folgenden Ergebnissen[24]): Keines-

---

[19]) Horrwitz-Ullmann Anm. 10 zu § 226. Aehnlich Staub-Pinner Anm. 26 zu § 226.

[20]) Die Vertreter der Gegenmeinung sollte schon bedenklich machen, daß die Anwendbarkeit des deutschen Rechts durch Vertrag ausschließbar sein müßte, wenn sie Recht hätten; vergl. Haudek S. 35/36.

[21]) Vergl. Gutzwiller S. 1635.

[22]) Nur Art. 30 EGBGB. kann die Anwendung einzelner Vorschriften ergeben. Der aber liegt tatbestandsmäßig nicht vor, da nicht das ausländische, sondern gerade das inländische Recht ausgeschlossen sein soll.

[23]) So Schlegelberger-Quassowski-Schmölder Anm. 35. Flechtheim bei Düringer-Hachenburg Anm. 57 zu § 226.

[24]) Damit wird zugleich gegen Horrwitz-Ullmann Anm. 10 und Staub-Pinner Anm. 26 zu § 226 Stellung genommen.

falls kann angenommen werden, daß von der Aktiennotverordnung ausländische Gesellschaften überhaupt nicht getroffen werden sollten. Denn dann würden die durch die Neufassung des § 226 HGB. eingeführten Verbote nahezu bedeutungslos sein: Die Aktiengesellschaften würden durch ausländische abhängige Gesellschaften ohne Schwierigkeiten eigene Aktien oder Interimsscheine kaufen, zu Pfand nehmen oder anderes Verbotene tun können. Anderseits ist nicht anzunehmen, daß das deutsche Gesetz Schweizer Bürger wegen Handlungen haftbar machen wolle, die in der Schweiz und nach Schweizer Recht erlaubt sind. Daher erscheint § 227 a Abs. 1 auf die Verwaltungsratsmitglieder einer Schweizer AG. als unanwendbar. Dies Ergebnis ist umso näherliegend, als auch ohne die Haftung ausländischer Gesellschaftsorgane die Durchführung des § 226 HGB. gesichert erscheint: Denn bei Erwerb von Aktien durch eine ausländische Tochtergesellschaft wird wohl immer der Vorstand der deutschen herrschenden Person haftbar sein[25]). Selbstverständlich auch werden die von der ausländischen abhängigen Gesellschaft erworbenen Aktien bei der Begrenzung der 10proz. Höchstgrenze mitgerechnet. Umso unbedenklicher erscheint eine Auslegung, die den grundsätzlichen Standpunkt, daß auch ausländische abhängige Gesellschaften unter § 226 Abs. 4 HGB. fallen, in gewisser Weise einschränkt.

§ 4.

3. Nachdem im Vorangegangenen Wesen und Formen der Abhängigkeit dargestellt worden sind, erhebt sich die Frage, ob denn die Möglichkeit eines rechtlich selbständigen, wirtschaftlich abhängigen Unternehmens nicht aus grundsätzlichen Erwägungen zu bestreiten ist. Die Frage wird für die abhängige Aktiengesellschaft untersucht, da hier wegen § 210 HGB. Einwände gegen ihre Bejahung naheliegen. Wird sie für die AG. gleichwohl bejaht, so sind auch gegen die Möglichkeit anderer Abhängigkeitsverhältnisse keine Bedenken mehr möglich. Eine kurze Behandlung ist geboten, da die Leugnung der Zulässigkeit von Abhängigkeitsverhältnissen nach deren besonders klarer Anerkennung in § 226 Abs. 4 HGB. nahezu unmöglich erscheint.

Das Bedenken Brodmanns[1]): Die AG. als selbständiger Kaufmann könne nicht zum Diener eines anderen werden, ist schon darum nicht überzeugend, weil die AG. ja nach § 6 HGB. Kaufmann ist. Im übrigen aber ist Brodmann den Beweis dafür schuldig geblieben, daß ein Kaufmann im Sinne des § 1 HGB. n i c h t abhängig sein könne. Da es für das Erfordernis des Gewerbebetriebes darauf ankommt, daß eine d e m A n s c h e i n

---

[25]) Vergl. Schlegelberger-Quassowski-Schmölder Anm. 2 zu § 227 a; mit Einschränkungen ebenso Flechtheim bei Düringer-Hachenburg Anm. 3 zu § 227 a.

[1]) Anm. 2 c zu § 243 S. 276 Mitte.

nach auf Erwerb gerichtete Tätigkeit entfaltet wird[2]), ist ein selbständiger Kaufmann mit innerer Abhängigkeit ohne Schwierigkeiten denkbar[3]).

Auch aus dem Wesen der AG. folgt nichts anderes. Es ist eine unzulässige Anwendung sittlicher Erwägungen über den Individualschutz auf die „ethisch indifferente AG."[4]), wenn das RG. (82,308 ff.) die „Selbstentmündigung" einer AG. als mit den sittlichen Anschauungen unvereinbar bezeichnet[5]). Richtiger ist es, die Grenze so zu ziehen, daß ein „organisatorisches Minimum" für die abhängige AG. als erforderlich erklärt wird[6]). Selbstverständlich kann der Unterwerfungsvertrag gemäß §§ 134, 138 BGB. nichtig sein[7]).

§ 5.

4. Gewisse aus dem Abhängigkeitsverhältnis sich ergebende allgemeinste Folgen, insbesondere die Haftung des herrschenden für das abhängige Unternehmen in gewissem Umfange, sollen noch vor den Einzeluntersuchungen dargestellt werden.

Solche Haftung besteht sicher für eine Organgesellschaft, eine Gesellschaft also, die wirtschaftlich als Filiale aufzufassen ist[8]). „Wer eine juristische Person[9]) benutzt, um unter ihrem Namen Geschäfte zu machen, hat dieser für alle Aufwendungen aufzukommen, die ihr durch diese Tätigkeit für fremde Rechnung entstehen. Dieser Anspruch der Organgesellschaft gegenüber der Herrschaftsperson haftet den Gläubigern der Organgesellschaft"[10]). Darüber hinaus ist eine unmittelbare Haftung der herrschenden Person gegeben, wenn bei Geschäftsabschluß durch ein Unternehmen, dessen Abhängigkeit bekannt und nach dem Verhalten des Mutterunternehmens ein Eintreten dieses für etwaige Verbindlichkeiten zu erwarten war[11]). Denn dieses allgemeine Eintreten für das Tochtergeschäft bewirkt ein rechtsgeschäftsähnliches, quasi-kontraktliches Verhältnis zwischen dem Dritten und dem herrschenden Unternehmen, das dessen Haftung bewirkt[12]). Dasselbe Ergebnis kann sich aus dem Gesichtspunkt einer culpa in contrahendo ergeben, wenn die herr-

---

[2]) Wolff, Berliner Festgabe für Gierke, II, S. 123; anders die herrschende Lehre.

[3]) Vergl. oben § 2 zu Anm. 72.

[4]) Formulierung von Brodmann, S. 275.

[5]) Wieland, II, S. 378.

[6]) Vergl. RG. 105, 236.

[7]) Vergl. Flechtheim bei Düringer-Hachenburger Anm. 47 zu § 226.

[8]) Vergl. oben § 2 zu Anm. 16.

[9]) Entsprechend: Andere Personen oder Gesellschaften.

[10]) Geiler, Enquête-Bericht S. 40.

[11]) Etwa auf Grund von Aeußerungen im Geschäftsbericht; vergl. Kronstein S. 80.

[12]) Mit ähnlicher Begründung ebenso: Kronstein S. 75.

schende Person etwa Verhandlungsführerin für ihr Tochterunternehmen war[13]).

Auch eine außervertragliche Haftung für das von ihr abhängige Unternehmen kann das andere treffen. Hier ist das nächstliegende die Delikthaftung (§ 831 BGB.). Sie greift ein, wenn die abhängige Person „zu einer Verrichtung bestellt" war, was bei einer Organgesellschaft immer, aber auch sonst häufig anzunehmen ist. Nicht selten wird § 830 BGB. verwirklicht sein[14]). Schließlich können Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung, die zunächst gegen das Tochtergeschäft gerichtet sind, das Mutterunternehmen mit treffen, da auch dieses durch eine Zuwendung an jene unmittelbar bereichert ist, wenn Mutter- und Tochterunternehmen zusammen ein einheitliches Unternehmen bilden[15]).

II.

Umgehungen durch abhängige Unternehmungen im öffentlichen Recht.

1. Das Strafrecht.

§ 6.

Möglichkeiten, strafwürdige Handlungen zu begehen, die doch anscheinend keinen Straftatbestand erfüllen, ergibt die Einmanngesellschaft[1]). Die Hauptfälle seien kurz dargestellt.

RGST. 60, 243 ff. behandelt den Fall, daß der Alleingesellschafter und Geschäftsführer einer GmbH. Gegenstände beiseite schafft, zu deren Lieferung die GmbH. vollstreckbar verurteilt war. Ich kann das den Geschäftsführer freisprechende Urteil[2]) nicht als richtig anerkennen, wenn auch Täter des § 288 STBG. nur der sein kann, dem die Vollstreckung droht. Eine Einmanngesellschaft, deren Geschäftsführer der Gesellschafter selbst ist, ist mit diesem, was die wirtschaftlichen Interessen angeht, für

---

[13]) Kronstein S. 77.

[14]) Vergl. Friedländer, Konzernrecht, S. 321.

[15]) Kronstein S. 85.

[1]) Eine allgemeine Regel, wie die Einmanngesellschaft zu behandeln ist, kann nicht aufgestellt werden. Ob der Gesichtspunkt der rechtlichen Nichtidentität von Einmanngesellschaft und Gesellschafter, oder etwa der des Schutzes von Gläubigerinteressen überwiegt, ist nur im Einzelfall zu entscheiden (Düringer-Hachenburg III Einl. Note 157). Bei der Entscheidung wird vor allem zu berücksichtigen sein, daß die Interessen der Einmanngesellschaft und des Gesellschafters im Innenverhältnis identisch sind, daß der Wille des Gesellschafters der der Gesellschaft ist, daß jeder sein Handeln im Rechtsverkehr so gegen sich gelten lassen muß, wie es aufzufassen war (Griebel S. 174), und daß bei der Einmanngesellschaft im Grunde ein Einzelunternehmer vorhanden ist (Hachenburg a. a. O.).

[2]) Dem Griebel S. 144, 145 — mit Bedauern — zustimmen zu müssen glaubt.

das Strafrecht als identisch anzusehen[3]). Denn gerade für das öffentliche Recht und hier wieder besonders im Strafrecht muß, um eine Formulierung des RG.[4]) zu benutzen, „die Sache über die Form" siegen. Eine Verletzung des Analogieverbots bei Anwendung des § 288 StGB. liegt danach nicht vor.

Nur für den Fall völliger Identität kann Hachenburg[5]) zugegeben werden, daß Vermögensdelikte des Gesellschafters gegen die Einmanngesellschaft nicht möglich seien, da sie ja mit Einwilligung des Verletzten geschähen. Hat aber die Einmanngesellschaft einen vom Gesellschafter wirklich — nicht nur anscheinend! — verschiedenen Geschäftsführer, so ist, was Hachenburg übersieht, dessen Einwilligung nötig. Und schließlich ist zu bedenken, daß eine solche Einwilligung wohl immer nichtig sein wird (§138 BGB.), da der einen Straftatbestand verwirklichende Alleingesellschafter mit der Verwirklichung doch irgend welche — und dann vermutlich unlautere — Zwecke verfolgen wird.

Aus dem Gesagten folgt schon, daß der Gesellschafter-Geschäftsführer einer Einmanngesellschaft wegen Hehlerei strafbar ist, wenn er gestohlene Sachen für die EG. erwirbt, obwohl § 259 StGB. einen Erwerb zu eigener Verfügung verlangt[6]). Denn ein solcher Erwerb liegt bei Würdigung der wirtschaftlichen Bedeutung dieser Vorgänge in Wahrheit vor[7]).

§ 7.

2. Das Prozeßrecht.

Bekannt ist die Möglichkeit, die zunächst nicht gegebene Zuständigkeit eines deutschen Gerichtes nach § 23 ZPO. dadurch zu schaffen, daß man eine Klage bei irgendeinem deutschen Gericht erhebt, sich wegen Unzuständigkeit abweisen läßt, um eine Kostenforderung des Gegners zu begründen, der sich ja im Termin vertreten lassen mußte[8]). Diese Kostenforderung ist dann das „Vermögen", das nach § 23 ZPO. eine Zuständigkeit schafft.

Das RG. hat in einer älteren Entscheidung[9]) eine so entstandene Forderung als zuständigkeitsbegründend anerkannt. Es bedarf kaum einer ausführlichen Begründung, daß dem nicht

---

[3]) Im Ergebnis ebenso: Fuchs, Jur. Rdschau 28, 177. Vergl. auch Binding- Lehrbuch I, 419. Entsprechendes gilt, wenn eine EG. Kommissionär ist und ihr Gesellschafter = Geschäftsführer zum Nachteil des Kommittenten handelt (§ 95 Börs.-Ges.). Vergl. OLG. Dresden, JW. 31, 812; Griebel S. 147.

[4]) Vergl. Griebel S. 175.

[5]) GmbH.-Ges. § 84, Exkurs 2.

[6]) Vergl. Frank § 259 IV, 2.

[7]) Griebel S. 149.

[8]) Vergl. Kohler, Recht und Wirtschaft 1913, 225 f.

[9]) RGZ. 16, 293.

gefolgt werden kann[10]). Wenn das Gesetz einen Gerichtsstand des Vermögens kennt, dann will es, daß, wer im Inland freiwillig Interessen hat, auch der inländischen Gerichtsbarkeit unterliegen soll. Dieser Gedanke verbietet die Annahme, daß eine ad hoc geschaffene Forderung für eine Zuständigkeit nach § 23 ZPO. genügen könnte.

Wie nun, wenn der Kläger ein abhängiges Unternehmen Klage erheben läßt, um die Kostenforderung des Gegners zu begründen? Hier muß m. E. dasselbe gelten, da auch hier der Gegner nicht von sich aus eine Interessensphäre im Inland begründet hat.

Ein anderer Versuch, lästigen Normen des Zivilprozeßrechts, nämlich hier der Kostenpflicht zu entgehen, wird so unternommen, daß ein risikoreicher, kostspieliger Prozeß nach Abtretung des (zweifelhaften) Anspruchs von einem im übrigen vermögenslosen abhängigen Unternehmen, etwa einer GmbH., geführt wird, die bei Unterliegen nur mit ihrem eigenen, geringen Vermögen für die Kosten haftet[11]). Hier wird aber häufig die rückständige Einlage des Mutterunternehmens für Fiskus oder Gegner pfändbar sein[12]). Dagegen versagt § 826 BGB. gegen das herrschende Unternehmen, obwohl bedingter Vorsatz für ihn genügt, da auch dieser wohl nie gegeben sein wird. Würde er doch verlangen, daß die herrschende Person auch dann geklagt haben würde, wenn sie einen Mißerfolg für sicher gehalten hätte (Frank'sche Formel)[13]). Sofern also keine pfändbaren Ansprüche des abhängigen gegen das herrschende Unternehmen bestehen, kann tatsächlich der Fiskus und der Gegner leer ausgehen. Aber das ist nicht eine besondere Erscheinung bei Bestehen von Abhängigkeitsverhältnissen, diese Gefahr besteht vielmehr immer, wenn eine vermögenslose Person klagt. Das Einklagen eines Anspruchs durch eine arme abhängige Person erscheint somit nicht grundsätzlich als Gesetzesumgehung, da ja die GmbH. (z. B.) nicht zuletzt gerade dazu geschaffen wurde, Risiken zu begrenzen.

Zu einem entsprechenden Ergebnis gelange ich bei Prüfung der Frage, ob in der Abtretung von Forderungen juristischer Personen — denen bekanntlich Armenrecht nicht gewährt wird[14]), — an natürliche Personen[15]), die die Forderungen im Armenrecht einklagen, eine Gesetzesumgehung liegt. RGZ. 81, 175 hat das im Ergebnis für den Fall bejaht, daß eine Benachteiligung des Fiskus oder des Gegners beabsichtigt ist. Da dieser

---

[10]) So auch Stein-Jonas, II, 1 zu § 23 und einige dort angeführte Oberlandesgerichte.

[11]) Vergl. Fuchs L. Z. 1923, S. 526.

[12]) Griebel S. 143.

[13]) Vergl. Frank S. 190.

[14]) Vergl. Stein-Jonas, 13. Aufl., I, 1 zu § 114.

[15]) Da diese überwiegend „abhängig" sein werden, gehört das Problem in diese Arbeit.

Fall immer bei Abtretung zwecks Armenrechtserlangung vorliegt, wäre diese also nach RG. immer für unwirksam zu halten. M. E. aber kann von einer Unsittlichkeit nur gesprochen werden, wenn ausschließlich oder überwiegend diese Schädigungsabsichten mitsprechen. Ergibt sich dagegen, daß das nicht der Fall ist und daß die Einziehung auch nicht indirekt für Rechnung der Körperschaft erfolgt[16]), so wird sie auch zwecks Armenrechtserlangung zuzulassen sein, da ein grundsätzliches Armenrechtsverbot für Zessionare vermögender Zedenten dem Gesetz nicht zu entnehmen ist.

Eine weitere Frage ist, ob ein Gläubiger einen Arrest gegen das Tochterunternehmen seines Schuldners ausbringen kann, wenn dieser Vermögensstücke des abhängigen Unternehmens verschleudert, um den Erfolg einer künftigen Vollstreckung zu vereiteln. Dies ist bei Einmanngesellschaft zu bejahen[17]), im übrigen zu verneinen. Denn bei einem abhängigen Unternehmen, das nicht Einmanngesellschaft ist, richtet sich die Vollstreckung, die durch den Arrest gesichert werden soll, formell und auch der Sache nach nur gegen den Schuldner, nicht auch gegen das von ihm abhängige Unternehmen. Bei der Einmanngesellschaft hingegen wirkt ein Titel gegen den Gesellschafter tatsächlich, wenn auch vielleicht nur über dessen Anteilsrechte, auch gegen sie selbst[18])[19]).

§ 8.

3. Versicherungsaufsichtsrecht.

Im Versicherungsaufsichtsrecht verdient der Fall Interesse, daß zwei Versicherungsunternehmungen — statt einer Uebertragung des Versicherungsbestandes (§ 14 VAG.) — ein Abhängigkeitsverhältnis begründen[20]), weil sie die im § 14 VAG. vorgeschriebene Genehmigung des Reichsaufsichtsamts für Privatversicherung nicht zu bekommen fürchten[21]).

Hier muß eine Umgehung des § 14 VAG. angenommen werden, die die Anwendbarkeit des § 14 VAG. nicht auszuschließen

---

[16]) Gleichwohl kann (noch) eine „Abtretung zwecks Erlangung des Armenrechts" vorliegen: Dem Zedenten kann Bezahlung des „Forderungskaufpreises" unter der Bedingung der Befriedigung des Zessionars aus der Forderung versprochen sein.

[17]) So RG.-Recht, 1905, Nr. 743; dagegen Griebel S. 141; vergl. auch oben § 6 zu Anm. 3 ff.

[18]) Entsprechend ist für die Frage der Anwendbarkeit der Vorschriften der Konkursordnung über Verwandtenanfechtung zu unterscheiden: Hat die Einmanngesellschaft mit den Angehörigen des Alleingesellschafters kontrahiert, so sind sie anzuwenden, nicht aber bei anderen abhängigen Unternehmungen; vergl. Griebel S. 143/144.

[19]) Nur kurz sei bemerkt, daß sowohl der Alleingesellschafter wie der Hauptgesellschafter eines von ihm abhängigen Unternehmens Zeuge und Nebenintervenient sein kann, daß ersterer aber m. E. unbeeidet zu vernehmen ist; Friedländer, Konzernrecht, S. 114.

[20]) Vergl. Revisions-Bericht S. 7/8.

[21]) Dazu vergl. Friedländer, Konzernrecht, S. 62.

vermag. Dieses Ergebnis ist umso unbedenklicher, als Hagen[22]), ohne allerdings den hier erörterten Fall zu erwähnen, allgemein „versteckte" Bestandsübertragungen den offenen gleichstellt. Er spricht von Verhältnissen, die „die bestehenden Versicherungsverhältnisse unberührt (lassen), aber in der Sache selbst die fernere Geschäftsführung der übernehmenden Gesellschaft „übertragen" und unter § 14 fallen: Diese Worte treffen das in dem hier erörterten Fall geschaffene Verhältnis vollkommen. Also ist die Gleichstellung des vorliegenden mit den von Hagen erörterten Fällen berechtigt.

4. Staats- und Verwaltungsrecht.

§ 9.

a) Allgemeines über Unternehmungen der öffentlichen Hand.

In großem Ausmaße unterhält die öffentliche Hand abhängige Unternehmungen. Unter den öffentlich-rechtlichen Körperschaften sind es die Gemeinden, die sich durch eine besonders große Zahl und die Verschiedenartigkeit abhängiger Unternehmungen auszeichnen[1]). Die Entwicklung ging bisher ziemlich geradlinig im Sinne einer immer weiteren Vermehrung solcher Betriebe; jetzt scheint indessen eine rückläufige Bewegung sich anzubahnen[2]).

Die Bezeichnung „öffentliches Unternehmen" oder „Betrieb der öffentlichen Hand" besagt freilich noch nichts über den Betriebszweck und die Betriebsform; es wird damit lediglich teilweise der Eigentümer, teilweise der Beherrscher des Unternehmens bezeichnet. Ihrem innern Zweck wie ihrer äußeren Form nach aber werden unter diesem Sammelausdruck die verschiedenartigsten Betriebe zusammengefaßt. Hinsichtlich ihres Betriebszwecks hat man zu unterscheiden[3]):

---

[22]) Bd. 1, S. 225.

[1]) Most, die deutsche Stadt und ihre Verwaltung (1926), II, S. 28 nennt für Preußen als schon im Jahre 1909 bestehend folgende Unternehmungen: Armen-, Kranken-, Leihhaus-, Abfuhr-, Straßenreinigungsanstalt, Gasthaus, Straßenbahn, Brauerei, Licht- und Kraftwerk, Gasanstalt, Schlachthaus, Badeanstalt, Milchkuranstalt, Viehhof, Markthalle, Kaufhaus, Trinkhalle, Apotheke, Weinhandlung, Handelsanstalt, Obstverwertungsanstalt, Kellerei, Kühlhaus, Holzmagazin, Bergwerk, Steinbruch, Backhaus, Fabrik, Ziegelei, Mühle, Schlosserei, Seilerei, Molkerei, Brauerei, Kurhaus, Festhalle, Bullenstation, Pensionsstallung, Fischerei, Spedition, Packhof, Werft, Hebekran, Fähre.

Inzwischen ist eine Fülle weiterer verschiedenartiger Betriebe noch hinzugekommen.

[2]) Einschränkung der wirtschaftlichen Gemeindeunternehmungen, Erlaß des Preuß. Ministers des Innern, vergl. „Völkischer Beobachter" vom 10. 8. 1933.

[3]) Reuß, Allgemeingültiges über staatliche und kommunale Wirtschaftsbetriebe, Staats- und Selbstverwaltung vom 16. 1. 1926, S. 32 ff.

Derselbe, Die Fondsbildung als Mittel zum wirtschaftlichen Betriebe kommunaler Unternehmungen, Staats- und Selbstverwaltung vom 2. 9. 1927, S. 404 ff.

1. Wohlfahrtsunternehmungen, die durchweg Zuschußbetriebe sind,
2. Rentierliche Wirtschaftsbetriebe im Allgemeininteresse, die keinen Ueberschuß abzuwerfen brauchen, aber sich selbst ohne Zuschuß erhalten sollen,
3. Werbende Betriebe, die ein Gewinnstreben betätigen.

Welchem Zweck der konkrete Betrieb dient, richtet sich nach der — ausgesprochenen oder unausgesprochenen — Absicht des Trägers dieses Betriebs. So sind regelmäßig Wohlfahrtsunternehmungen z. B.: Obdachlosen-Asyle; Krankenhäuser und Kinderheime können als Wohlfahrtsunternehmungen, aber auch als rentierliche Betriebe geführt werden, während Versorgungsbetriebe z. T. als bloße rentierliche Betriebe, z. T. aber auch als werbende Betriebe geführt werden. Kommunale Gewerbebetriebe werden wohl ausnahmslos als werbende Betriebe aufgezogen sein.

Diesem Betriebs z w e c k wird die Betriebs f o r m angepaßt. Der Betriebsform nach sind folgende Arten möglich:

1. Der Betrieb als Verwaltungsabteilung. Hier ist der Betrieb in die Behördenorganisation der Verwaltungskörperschaft als Teil der allgemeinen öffentlichen Verwaltung eingegliedert.
2. Als unselbständige öffentliche Anstalt. Der Betrieb ist technisch verselbständigt, rechtlich aber unselbständig geblieben. Das Unternehmen ist kein selbständiges Rechtssubjekt, es ist vielmehr ein abgegrenzter Teil des ihn errichtenden und betreibenden Verwaltungskörpers.
3. Als selbständige öffentliche Anstalt[4]). Diese ist technisch, wirtschaftlich und rechtlich selbständig, sie besitzt eigene Rechtspersönlichkeit (juristische Person des öffentlichen Rechts). Ihre Rechtsbasis ist die autonome Satzung, sie hat eigene Organe der Willensbildung und Vertretung.
4. Privatrechtliche Form[5]). Unternehmungen der öffentlichen Hand können schließlich auch privatrechtlich organisiert sein[6]). Grundsätzlich stehen der öffentlichen Hand alle Möglichkeiten des bürgerlichen und des Handelsrechts dazu zur Verfügung[7])[8]).

Aus Zweckmäßigkeitsgründen werden aber die Formen der GmbH. und der AG. in der Praxis bevorzugt. Solche privatrechtlich organisierten öffentlichen Unternehmungen können nun

---

[4]) Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht (1924), II, S. 331 ff.; Fleiner, Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts (1928) S. 106 ff., S. 321 ff.

[5]) Vergl. Fleiner, a. a. O. S. 120 ff.

[6]) Beispiele privatrechtlich organisierter abhängiger Gesellschaften sind für das Reich: die „Viag"; für Preußen: die „Preußag" (Preuß. Umstellungsgesetz vom 9. 10. 1923 und Elektrogesetz vom 21. 10. 1927).

[7]) So können mehrere Gemeinden einen werbenden Betrieb gemeinsam als o. H. betreiben. § 36 HGB. findet Anwendung.

[8]) Vergl. aber unten § 10 vor Anm. 8 u. 13.

wieder entweder ausschließlich in der Hand der öffentlichen Körperschaft sich befinden, wenn diese alle Anteile, bzw. alle Aktien besitzt (100prozentige Beteiligung der öffentlichen Hand), oder öffentliches und privates Kapital finden sich zusammen, um ein solches Unternehmen zu betreiben, sog. „gemischt-wirtschaftliche Unternehmen".

Sigloch: „Die Unternehmungen der öffentlichen Hand" teilt in ähnlicher Weise ein:

1. Unselbständige Unternehmungen[9]), die — ohne eigene Rechtspersönlichkeit — in die Gesamtverwaltung der öffentlich-rechtlichen Person eingeordnet sind. Sigloch faßt darin also sowohl die bloßen Verwaltungsabteilungen als auch die unselbständigen öffentlichen Anstalten zusammen.
2. Unternehmungen mit eigener öffentlicher Rechtspersönlichkeit[10]) (Körperschaft oder Anstaltspersönlichkeit).
3. Unternehmungen mit privater Rechtspersönlichkeit[11]).

Grundsätzlich ist es Ermessensfrage, welche Betriebsform für den einzelnen Betriebszweck gewählt wird. Doch ist dieser Grundsatz dahin einzuschränken, daß für staatliche oder kommunale Gewerbebetriebe als einer Betätigung der öffentlichen Hand in rein privatrechtlicher Sphäre (in fiskalischer Eigenschaft) auch nur eine privatrechtliche Form der Organisation möglich ist, sofern überhaupt eine eigene Rechtspersönlichkeit für das betreffende Unternehmen gewählt wird. Die öffentlich-rechtlichen Körperschaften können aber auch — im Rahmen ihrer Zuständigkeit und damit ihres rechtlichen Könnens überhaupt[12]) — unmittelbar ohne Schaffung eigener Organisation Gewerbebetriebe betreiben. Dann handelt die Körperschaft in fiskalischer Eigenschaft durch eine Verwaltungsabteilung nach privatrechtlichen Grundsätzen. Soweit der Staat oder eine Gemeinde danach ein Handelsgewerbe betreibt, ist er (bzw. sie) Kaufmann nach den Vorschriften des HGB. Die Wahl einer der öffentlich-rechtlichen Organisationsformen (öffentliche Anstalt, Zweckverband) ist für den Betrieb von gewerblichen Unternehmungen nicht zulässig, da diese nur für öffentliche Verwaltungszwecke einzusetzen sind.

Umgekehrt kann die öffentliche Hand für Unternehmungen, die hoheitsrechtlich tätig werden, also insbesondere staatlichen Verwaltungszwang anwenden, keine privatrechtliche Form wählen[13]).

Wenn Fleiner in seiner letzten (8.) Auflage der „Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts" (1928) S. 124 sagt, daß „heute z. T. öffentliche Verwaltung mit den Mitteln und in den

---

[9]) Sigloch a. a. O. S. 29 ff.
[10]) Derselbe S. 52 ff.
[11]) Sigloch a. a. O. S. 101 ff.
[12]) Vergl. unten § 10 Anm. 2.
[13]) Vergl. auch Köttgen S. 18 f., 24 und unten § 11 Anm. 5 u. Text dazu.

Formen des Privatrechts" geführt wird, so ist das richtig, wenn man unter „Verwaltung" nicht nur die Hoheitsverwaltung, sondern auch die Betriebsverwaltung — wie er das tut[14]) — versteht. Wenn er auf S. 127 weiter ausführt, daß es sogar möglich geworden sei, „die Besorgung einer rein polizeilichen Aufgabe einem nicht rechtsfähigen Verein des Privatrechts zu übertragen: die Technische Nothilfe", so muß man sich vergegenwärtigen, daß die Polizei im polizeilichen Notstand insbes. nach § 21 Preuß. Polizeiverwaltungsgesetzes vom 1. 6. 1931 Maßnahmen auch gegen nicht polizeipflichtige Personen treffen kann[15]). Sie kann daher auch die Technische Nothilfe wie jeden Privatmann in Anspruch nehmen und solche in Anspruch genommene Personen vorübergehend zu Hilfspolizeibeamten erklären. Dadurch wird also die Richtigkeit des hier vertretenen Grundsatzes nicht berührt.

Hinsichtlich der Frage der Abgrenzung öffentlich-rechtlicher gegenüber privatrechtlicher Organisationsform von Unternehmungen der öffentlichen Hand ist vieles strittig. Die klare Entscheidung im Einzelfalle ist häufig höchst schwierig, dabei von außerordentlicher Bedeutung. Es handelt sich dabei um die Frage: unterliegen solche Betriebe grundsätzlich dem öffentlichen oder dem privaten Recht?

Die Entscheidung der Frage, ob bei Inanspruchnahme oder Leistung eines Unternehmens der öffentlichen Hand öffentliches oder privates Recht anzuwenden ist, wird dadurch weiter erschwert, daß eine konsequente Scheidung in der Anwendung privatrechtlicher und öffentlich-rechtlicher Grundsätze auch dann noch nicht möglich ist, wenn der Charakter des einzelnen Betriebs festgestellt ist. Auch bei privatrechtlichen Unternehmungen können z. T. öffentlich-rechtliche[16]), und bei öffentlich-rechtlichen[17]) z. T. privatrechtliche Grundsätze angewendet werden.

So hat das Preuß. Oberverwaltungsgericht in E. 52/31 entschieden, daß öffentliche Körperschaften nicht allein die Benutzung ihrer öffentlichen Anstalten, sondern auch ihrer gewerblichen Unternehmungen einer ortsstatutarischen Regelung unterziehen können. Nach § 10 des Preuß. Kommunalabgabengesetzes können auch Ansprüche gewerblicher Kommunalbetriebe, falls diese nach einem behördlich genehmigten Tarif arbeiten, im Verwaltungszwangsverfahren durchgesetzt werden[18]).

---

[14]) A. a. O. S. 121.

[15]) Siehe auch § 360 Ziffer 10 StGB

[16]) Belege in den folgenden Absätzen.

[17]) Die auf Grund des Reichsbahngesetzes vom 30. 8. 1924 errichtete Reichsbahngesellschaft ist öffentlich-rechtliche Korporation, für die gleichwohl z. T. das HGB. gilt. Hierzu: Fleiner S. 347 Anm. 22 und die dort Angeführten.

[18]) Vergl. unten § 11 c β, zu Anm. 6.

Tritt man dieser Entscheidung bei, so ergibt sich, daß für privatrechtliche Unternehmungen der öffentlichen Hand z. T. öffentliches Recht gilt, insbes. das Recht der autonomen Satzung und das Recht auf Anwendung des Verwaltungszwangsverfahrens[19]).

Umgekehrt spricht Otto Mayer[20]) von „öffentlich-rechtlichen Anstalten mit privatrechtlicher Nutzungsordnung". Solche öffentlichen Anstalten unterliegen grundsätzlich den Rechtssätzen des öffentlichen Rechts, nur hinsichtlich ihrer Inanspruchnahme, ihrer Benutzung gelten privatrechtliche Grundsätze.

Es wird also die Meinung vertreten, daß es nicht nur Gewerbebetriebe gibt, die ihre geldlichen Gegenleistungen durch Verwaltungszwangsverfahren beitreiben können, sondern auch umgekehrt öffentliche Anstalten, die auf den ordentlichen Rechtsweg angewiesen sind.

Wenn man nun einen Blick auf die mannigfachen[21]) öffentlichen Unternehmungen tut, wie: Theater, Müllabfuhr, Leihhaus, Viehhof, kommunale Leichenbestattung, so erkennt man, daß die Abgrenzung der privatrechtlichen von der öffentlich-rechtlichen Sphäre außerordentlich schwierig ist.

Allgemein wird man sagen müssen, daß ein Unternehmen der öffentlichen Hand dann grundsätzlich öffentlichem Recht unterliegt, wenn der vorherrschende Betriebszweck öffentlichen, insbesondere polizeilichen Interessen dient[22]), wobei man bloße finanzielle Interessen am Ueberschuß hier nicht zu den öffentlichen Interessen in diesem Sinne zu rechnen hat[23]). Das öffentliche Interesse muß vielmehr an dem Bestehen und dem Betriebe des Unternehmens unmittelbar bestehen. Weiter muß das noch dahin eingeschränkt werden, daß das Unternehmen nur Zwecken dient, die zu dem Aufgabenkreis der öffentlichen Hoheitsverwaltung gehören. Daher wird der Betrieb eines Gemeindegasthofs auch dann nicht in der Form einer öffentlichen Anstalt und unter Anwendung von Verwaltungszwang erfolgen können, wenn ein öffentliches Interesse an dem Betriebe eines Gasthofs in der betr. Gemeinde — mangels eines von privater Seite betriebenen — besteht. Das läßt auch das Reichsgericht in RGZ. 99,96 erkennen, wenn es sagt, daß die private gewerbliche Unternehmung zugleich öffentlichen Interessen dienen kann, anderseits die Erzielung eines Gewinns mit dem Begriffe der öffentlichen An-

---

[19]) Vergl. z. B. Hamburgische Bekanntmachungen vom 28. 3. 1924 und 25. 7. 1923; Old. OVG. Old. Z. 1907, 163. Jellinek S. 528.

[20]) A. a. O. II, S. 276.

[21]) In Funktion wie sozialer und rechtlicher Struktur auf den ersten Blick völlig verschiedenen!

[22]) Aehnlich wohl Jellinek S. 387. Vergl. auch Rieß, Ztschr. f. komm. Wirtsch. 1925, 1218.

[23]) Vergl. auch Jellinek a. a. O.

stalt nicht unvereinbar ist. Allerdings schafft das Reichsgericht in der Frage, wann bei Betrieben der öffentlichen Hand privates, wann öffentliches Recht anzuwenden ist, auch noch keine Klarheit, wenn es weiter sagt: „Die Unterscheidung ist also nicht in der Verschiedenheit, nämlich der Gewinnerzielung einerseits und der Befriedigung öffentlichen Interesses andrerseits zu erblicken; es kommt vielmehr darauf an, ob das Rechtsverhältnis zwischen der Gemeinde und den Leistungsempfängern privatrechtlich oder öffentlich-rechtlich gestaltet ist". Das ist eine petitio principii.

Insbesondere ist für den öffentlich-rechtlichen Charakter des Unternehmens nicht entscheidend, ob Benutzungszwang[24]) besteht oder nicht[25]). Auf Grund des Preuß. Gesetzes vom 30. 4. 13 § 1 besteht z. B. Schleppzwang für Schiffe im Rhein-Weser-Kanal. Das vom Preuß. Staate betriebene Unternehmen ist nach Otto Mayer[26]) gleichwohl ein fiskalisches, privatwirtschaftliches Unternehmen.

Auch darauf allein kann es nicht ankommen, ob für das betr. Unternehmen Kontrahierungszwang besteht[27]). Wenngleich den öffentlichen Anstalten Kontrahierungszwang notwendigerweise innewohnt[28]), so gibt es auch privatrechtliche Gewerbebetriebe, die kontrahierungspflichtig sind[29]) (Monopolbetriebe).

Es erhebt sich nun die Frage, ob und inwieweit öffentliche Körperschaften, die Unternehmungen betreiben, durch eine entsprechende Wahl der Betriebsform bald die Anwendung öffentlich-rechtlicher, bald privatrechtlicher Vorschriften ausschließen, d. h. mit anderen Worten: diese Vorschriften umgehen können.

Das ist in zweifacher Weise denkbar: Einmal wären Umgehungen öffentlich-rechtlicher Vorschriften durch die Wahl einer privatrechtlichen Form für öffentliche Unternehmungen denkbar, zum anderen umgekehrt die Umgehung gesetzlicher Vorschriften gerade durch die Wahl einer öffentlich-rechtlichen Betriebsform.

---

[24]) Benutzungszwang auf Grund des Preuß. Schlachthausgesetzes vom 18. 3. 1868/9. 3. 1881 § 1 Abs. 1. Anschluß- und Benutzungszwang für Kanalisation, Wasserleitung, Straßenreinigung, Müllabfuhr in § 98 Abs. 2 der Thür. Gemeinde- und Kreis-Ordnung in der Fassung vom 22. 7. 1930 (Thür. GesS. S. 164), s. Reuß, Thüringisches Verwaltungsrecht (1927) S. 107.

[25]) Vergl. dazu Fleiner a. a. O. S. 326 f. Der Entscheidung des Preuß. OVG. in 52,29 ist daher nicht beizutreten.

[26]) A. a. O., II, S. 282 Anm. 24, III.

[27]) So: Fleiner a. a. O. S. 327. A. A.: Drews-Lassar in v. Brauchitsch, Verwaltungsgesetze für Preußen I (1930) Anm. 3 zu § 18 Zuständigkeitsgesetzes, S. 300.

[28]) Siehe unten § 10 b ζ.

[29]) RGZ. 99, 107 ff. Nipperdey (Kontrahierungszwang usw.) S. 57. Ueber die verschiedenen Möglichkeiten, den Vertragszwang durchzusetzen: Molitor, Iherings Jahrb. 73, 24 ff.

b) Umgehung öffentlich-rechtlicher Vorschriften durch Wahl einer privatrechtlichen Form öffentlicher Unternehmungen.

α) Grundsätzliches.

Zunächst erhebt sich die grundsätzliche Frage, ob nicht schon darin allein, daß eine öffentlich-rechtliche Körperschaft überhaupt ein bestimmtes Unternehmen begründet und führt, — in welcher Form es auch sei, — eine Umgehung von — geschriebenen oder ungeschriebenen — Rechtssätzen des öffentlichen Rechts liegen kann.

Man hat zwei große Gruppen von öffentlichen Körperschaften zu unterscheiden: Solche mit einer Generalklausel der Kompetenz und solche mit einem festumschriebenen und engumgrenzten Aufgabenkreis. Zu jenen wären der Staat und die Gemeinden, zu diesen Zweckverbände, Berufsgenossenschaften, Krankenkassen, Wegeverbände zu rechnen.

Es darf als unbestritten angenommen werden, daß alle Körperschaften des öffentlichen Rechts mit speziellem Aufgabenkreis nur solche Unternehmungen betreiben dürfen und können, die zur Erfüllung ihrer speziellen Verwaltungsaufgabe geeignet und erforderlich sind. Mit der Begrenzung ihres Aufgabenkreises ist eine Beschränkung ihrer Handlungs- und Rechtsfähigkeit verbunden[1])[2]). „Die Schranken seiner Kompetenz sind für jeden Selbstverwaltungskörper die Grenzen seiner rechtlichen Gewalt“[3]). Jede Rechtshandlung, die über die Grenzen der Kompetenz der Körperschaft hinausgeht, also auch die Errichtung eines Unternehmens, ist nicht nur unzulässig, sondern erzeugt auch nicht die gewollten Rechtswirkungen. Daß es dabei nur auf die objektiven Grenzen der Kompetenz, nicht auf die subjektive Erkennbarkeit für — gutgläubige — Dritte ankommt, hat das Reichsgericht in ständiger Rechtsprechung entschieden[4]).

Es fragt sich nun, ob juristische Personen des öffentlichen Rechts ohne Beschränkung auf spezielle Verwaltungsaufgaben, wie insbes. Staat und Gemeinden, in der Errichtung und dem

---

[1]) Vergl. Lassar, Zur Lehre von der beschränkten Handlungsfreiheit öffentlich-rechtlicher juristischer Personen nach Preuß. Recht in Verwalt.-Arch. (1933) Bd. 38, Heft I/II.

[2]) Eine solche beschränkte Rechtsfähigkeit ist nicht nur im öffentlichen Recht (vergl. Waldecker, Ueber den Begriff der Korporation des öffentlichen Rechts — 1913 — S. 33 Anm. 16; Friedrichs, Juristische Personen, Verwalt.-Arch. 23 (1915) S. 20 ff.), sondern auch auf anderen Rechtsgebieten möglich: Arbeitsrecht (Kaskel-Dersch, 4. Aufl. S. 330 Anm. 1), juristische Personen des Privatrechts in Liquidation, § 149 HGB., insbes. bei Vereinen, bei denen eine Beschränkung der Vertretungsmacht des Vorstandes entsprechend dem Vereinszweck angenommen wird. Vergl. Enneccerus-Nipperdey I, Anm. 7 a zu § 102.

[3]) Vergl. Fleiner S. 108.

[4]) RG. in Seuff.-Arch. 40 S. 389, 886. RG. in Recht 1907 S. 1059, ähnlich RGZ. 116, 254.

Betriebe von Unternehmungen völlig frei sind. Das ist zu verneinen.

Jede öffentliche Körperschaft hat ihren Kreis von Verwaltungsaufgaben: mag der Kreis ein weiter oder ein engerer sein, jeder Kreis ist umgrenzt. Sehr mit Recht sagt Lassar[5]): „Ihre (der juristischen Person des öffentlichen Rechts) rechtliche Lebenssphäre ist regelmäßig eine umgrenzte, auf bestimmte Zwecke beschränkte. Das gilt schon von denjenigen Körperschaften des öffentlichen Rechts, deren Zuständigkeit am weitesten geht, nämlich den kommunalrechtlichen . . . .“ In vielen, insbes. modernen, Städteordnungen ist denn auch der Aufgabenkreis, wenn auch weit, sehr weit gefaßt, so doch begrenzt. So bezeichnet die Thür. Gemeinde- und Kreisordnung in der Fassung vom 22. 7. 30 (GesS. S. 148) im § 4 als die Aufgabe der Gemeinden, „die geistige, sittliche, körperliche und wirtschaftliche Wohlfahrt ihrer Einwohner zu pflegen“. Aber auch dort, wo eine gesetzliche Umgrenzung des Aufgabenkreises fehlt, ergibt sich eine solche aus der ganzen Natur der Institution und kraft Gewohnheitsrechts. Gierke[6]) spricht von einem „Aktionsradius, außerhalb dessen sie (die öffentliche Körperschaft) nicht bloß nicht handeln soll, sondern nicht handeln kann“. „Wird trotzdem mit den Mitteln des Verbandes unter Ueberschreitung der Schranke gehandelt, so liegt jenseits derselben nicht bloß eine rechtsunwirksame Körperschaftshandlung, sondern lediglich der Schein einer Körperschaftshandlung vor“.

Es ist daher der sog. „ultra-vires-Theorie“[7]), beizutreten, die besagt, daß eine Begrenzung des Aufgabenkreises — privatrechtlicher oder öffentlich-rechtlicher — juristischer Personen zugleich eine Begrenzung der Handlungs- und Rechtsfähigkeit enthält.

Daraus ergibt sich, daß auch öffentlich-rechtliche Körperschaften mit Generalzuständigkeit nicht unbeschränkt Unternehmen betreiben können, nämlich dann nicht, wenn sie jenseits der Grenze ihres Aufgabenkreises liegen. Allerdings zeigt ein Blick in die Praxis insbesondere der Gemeinden der letzten 10 Jahre, daß gegen diesen Satz häufig verstoßen worden ist. Ich kann es auch bei weitester Auslegung des Aufgabenkreises kommunaler Selbstverwaltungskörper nicht für zulässig ansehen, wenn z. B. eine Gemeinde ein Kaufhaus betreibt, wie Most[8]) in mehreren Fällen berichtet.

---

[5]) A. a. O. S. 48.

[6]) Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung (1887) S. 633.

[7]) Dazu Enneccerus-Nipperdey (1931) § 98 Anm. 1 u. 14 mit weiteren Nachweisen.

[8]) S. 28.

Aber auch Umgehungen positiver Gesetzesvorschriften unter Ueberschreitung der Kompetenzgrenze sind möglich. Wenn z. B. Gemeinden ein Ortsgesetz über kommunale Leichenbestattung erlassen, in dem die Pflicht der Gemeinde begründet wird, alle Einwohner im Todesfalle auf Kosten der Gemeinde beerdigen bzw. bestatten zu lassen, und zur Deckung der dadurch entstehenden Kosten eine öffentlich-rechtliche Abgabe (Steuer) erhoben wird, so kann darin eine Umgehung der Vorschriften über die Privatversicherung liegen. Der Betrieb eines solchen Unternehmens kann eine Ueberschreitung der Kompetenzgrenze darstellen, denn der Betrieb einer Versicherungsanstalt gehört keinesfalls mehr zu den kommunalen Aufgaben. Das wäre der Fall, wenn die Gemeinde laufende Ueberschüsse für die allgemeine Verwaltung daraus — über die Schaffung der notwendigen Rücklagen hinaus — bezweckt, wenn das Unternehmen also ein „werbender Betrieb" ist; nicht dagegen dann, wenn die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe, nämlich die Sicherstellung der Totenbestattung im Vordergrund steht und kein Erwerbszweck herrscht.

Köttgen[9]) klagt mit Recht darüber, daß „angesichts der starken Verflechtung der öffentlichen Verbände in die Erwerbswirtschaft . . . das öffentliche Recht heute zuweilen auch dort angewandt wird, wo die öffentlichen Verbände sich in ihrer Geschäftsführung von dem Privatmann nicht unterscheiden". „So pflegt daher in der Praxis der Charakter zahlreicher Unternehmungen der öffentlichen Hand zu schillern, indem in der praktischen Geschäftsführung häufig die Methoden der Erwerbswirtschaft angewandt werden, um allerdings gegenüber etwaigen Beschwerden der Oeffentlichkeit über Behördenfiskalismus . . . auf die Bedeutung des betr. Unternehmens für das allgemeine Wohl hinweisen zu können".

So werden von öffentlichen Körperschaften oft für die von ihnen betriebenen oder beherrschten Unternehmen privatrechtliche Organisationsformen gewählt, um öffentlich-rechtliche Vorschriften zu umgehen.

β) Umgehung öffentlich-rechtlicher Organisationsvorschriften.

Zunächst ist die grundsätzliche Frage zu untersuchen, ob Verfassungsvorschriften (nach der Reichsverfassung, der Landesverfassung, den Städteordnungen usw.) in dieser Weise[10]) umgangen werden können.

Oeffentliche Körperschaften werden tätig durch Behörden, deren Organisation durch zwingendes öffentliches Recht fest-

[9]) Die erwerbswirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand und das öffentliche Recht (1928) S. 15 ff.

[10]) Durch den Betrieb abhängiger Unternehmungen in privatrechtlicher Form.

gesetzt ist. Der ganze Behördenaufbau, die innere Organisation: Anweisungs- und Kontrollrecht verschiedener Organe, ist zugeschnitten auf die Zwecke der öffentlichen Verwaltung. Diese für die hoheitsrechtliche Verwaltungstätigkeit geeignete Organisationsform paßt indessen nicht für den Betrieb mancher Unternehmungen, insbes. nicht für solche, die mehr oder weniger nach kaufmännischen Gesichtspunkten zu arbeiten gezwungen sind. Da die Vorschriften des öffentlichen Rechts aber starr und nicht nachgiebig sind, ist eine Anpassung dieser Vorschriften an die Bedürfnisse der betr. wirtschaftlichen Unternehmungen nicht möglich.

In Würdigung dieser Schwierigkeiten hat das — in mancher Beziehung bahnbrechende — Thüringische Verwaltungsrecht durch § 97 Abs. II schon der älteren Gemeinde- und Kreisordnung vom 8. 7. 26[11]) eine gewisse, wenn auch immer noch sehr beschränkte Elastizität der öffentlich-rechtlichen Vorschriften für die Verwaltung von Gemeindebetrieben eingeführt, als es zuläßt, daß die Verwaltung dieser Betriebe in einer von den sonstigen Vorschriften abweichenden Weise beweglicher gestaltet und mit erhöhter Selbständigkeit ausgestattet werden kann, wenn der Gemeinderat das beschließt. An Stelle des Gemeinderats kann allgemein und widerruflich ein Verwaltungsausschuß als Beschlußorgan treten. Weitergehende Abweichungen sind zulässig, bedürfen aber der Zustimmung des Ministeriums. Aber trotz Erleichterungen bleibt die Bindung an die Behördenorganisation im Großen und Ganzen bestehen; insbesondere hat der Gemeinderat jederzeit das Recht, jede Einzelheit nachzuprüfen, selbst zu beschließen und dem Verwaltungsausschuß seine Kompetenz zu entziehen.

So kann für Kommunalbetriebe, die Teile der Verwaltung sind, nicht ausgeschlossen oder beschränkt werden das Anweisungsrecht des Bürgermeisters und seine unmittelbare Verantwortung gegenüber der Stadtverordnetenversammlung.

Um das Unternehmen von diesen öffentlich-rechtlichen Fesseln zu befreien, ist daher häufig die Ueberführung eines Regiebetriebs in eine wirtschaftlich und rechtlich selbständige juristische Person des Privatrechts erfolgt[12]). Die Ueberführung eines schon bestehenden oder die Begründung eines neuen Unternehmens in dieser Form ist unbedenklich, wenn das Unternehmen ein Gewerbebetrieb ist, der sich nach privatrechtlichen Grundsätzen betätigt.

Die privatrechtliche Form kann aber auch zur Umgehung ausgenutzt werden, nämlich, wenn es sich nicht um einen Gewerbebetrieb handelt, sondern um eine wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand, die zu ihren öffentlichen

[11]) Siehe: Reuß, Verw.R. S. 107.

[12]) Dazu: Alexander, Staats- und Selbstverw. 1926, 140 ff.; Rieß, Zeitschr. f. kommunale Wirtschaft, Jahrg. XV, S. 1214 ff.

Verwaltungsaufgaben gehört. Ob das der Fall ist, entscheidet sich danach, ob für das konkrete Unternehmen der Betrieb in einer öffentlich-rechtlichen Organisationsform vorgeschrieben oder allein möglich oder geeignet ist, kurz die adäquate Betriebsform ist.

Nach dem oben[13]) Ausgeführten steht es der Körperschaft grundsätzlich frei, sich für den Betrieb ihrer Unternehmungen die ihnen geeignete Betriebsform zu wählen. So kann ein städtisches Beschaffungsamt, das für die Stadtverwaltung und alle städtischen Betriebe und Anstalten den erforderlichen Bedarf (an Kohle, Papier, Geräten und sonstigen Materialien) ankauft, verwaltet und verteilt, in der Form einer Verwaltungsabteilung betrieben werden; dann ist das Beschaffungsamt eine Dienststelle wie etwa das „Städtische Rechtsamt" auch. Das Beschaffungsamt kann aber auch in Form einer Aktiengesellschaft oder einer GmbH. geführt werden. Da eine solche Betätigung der Gemeinde auch nach privatwirtschaftlichen Gesichtspunkten möglich ist, liegt ein Verstoß gegen die Organisationsvorschriften des öffentlchen Rechts nicht vor; man kann daher auch dann nicht von einer Umgehung dieser öffentlich-rechtlichen Vorschriften sprechen, wenn die klare Absicht bestanden hat, die Anwendung dieser Vorschriften durch Wahl der privatrechtlichen Betriebsform zu vermeiden. Wenn beide Wege rechtlich zulässig sind, muß die Wahl freistehen; die „Absicht der Umgehung" allein begründet keine Umgehung, da diese zugleich objektiv Gesetzesverletzung sein muß[14]).

Anders aber liegt es, wenn z. B. eine Großstadt, zu deren öffentlicher Verwaltungsaufgabe aus polizeilichen Gründen die Müllbeseitigung gehört, ihre Müllabfuhranstalt in eine privatrechtliche Form kleidet (Einmanngesellschaft der Stadt), um eine Unabhängigkeit dieser Stelle von der Behördenorganisation der Stadtverwaltung zu erreichen, damit an die Stelle der öffentlich-rechtlichen Organe der Stadt (Magistrat, Stadtverordnetenversammlung) die privatrechtlichen der Gesellschaft (Vorstand bzw. Geschäftsführer und Aufsichtsrat) treten sollen. Das wäre eine Umgehung der Organisationsvorschriften, da die Führung eines solchen Betriebs wegen des hoheitlichen (polizeilichen) Betriebszwecks in privatrechtlicher Form unzulässig ist, und dieser Teil der öffentlichen Verwaltung damit dem Anweisungs- und Kontrollrecht der öffentlichen Verwaltungsorgane entzogen und privaten übertragen würde.

Erfolgt der Betrieb eines öffentlichen Unternehmens in einer nicht adäquaten Betriebsform, so liegt eine Umgehung der zwingenden öffentlich-rechtlichen Organisationsvorschriften vor. Denn Sinn dieser Organisationsgesetze ist der, die öffent-

[13]) § 9, a, vor Anm. 12.
[14]) Vergl. oben § 1.

liche Verwaltung mit allen ihren unselbständigen Teilen den Vorschriften über den Behördenaufbau, Stellung und Zuständigkeit der öffentlichen Organe, zu unterwerfen. Wird ein seiner Art nach unselbständiger Betrieb rechtlich verselbständigt, um die Anwendung dieser Vorschriften auszuschließen, so wird gegen den Geist des Gesetzes gehandelt: Eine Umgehung liegt demnach vor. In einem solchen Falle müssen also die öffentlich-rechtlichen Vorschriften, die umgangen werden sollten, gleichwohl angewendet werden.

γ) Umgehung öffentlich-rechtlicher Aufsichts- und Kontrollvorschriften.

Durch eine solche Gestaltung können nicht nur das — innere — Dienstaufsichts- und Kontrollrecht öffentlich-rechtlicher Organe (Magistrat, Stadtverordnetenversammlung), sondern auch die von außen kommenden Aufsichts- und Kontrollrechte umgangen werden: das Staatsaufsichtsrecht und die Vorschriften der Notverordnung über die Buch- und Wirtschaftsprüfung für Wirtschaftsbetriebe der öffentlichen Hand vom 6. 10. 31 mit Durchführungsverordnung vom 30. 3. 33.

aa) Das Staatsaufsichtsrecht.

Natürlich werden öffentliche Unternehmungen nicht dadurch von jeder Staatsaufsicht frei, daß sie in privatrechtlicher Form betrieben werden. Die Staatsaufsicht, von der hier zu sprechen ist, bedeutet lediglich die besondere Staatsaufsicht, der die Selbstverwaltungskörper als solche unterliegen, nicht die Aufsicht, die der Staat über gewisse Arten von Gewerbebetrieben ohne Rücksicht auf den Eigentümer ausübt, wie gewerbepolizeiliche, baupolizeiliche Aufsicht. Aber auch die besondere Staatsaufsicht über Selbstverwaltungskörperschaften erstreckt sich bis zu einem gewissen Grade auf die privatrechtlich organisierten Kommunalbetriebe. Nur erstreckt sich die Staatsaufsicht über öffentlich-rechtlich organisierte Unternehmungen der Selbstverwaltungskörperschaften auf eine unmittelbare Ueberwachung aller Einzelvorgänge, während die Aufsicht über privatrechtlich organisierte Unternehmen nur eine mittelbare sein kann, mittelbar dadurch, daß die Staatsaufsicht unmittelbar die Gemeinde erfaßt und damit ihr Verhältnis zu dem privatrechtlich organisierten Unternehmen, aber nicht unmittelbar die internen Vorgänge des abhängigen Unternehmens selbst nachprüfen kann. So kann die Staatsaufsichtsbehörde wohl den Vertrag zwischen der Gemeinde und dem abhängigen Unternehmen prüfen, ebenso den Ueberschuß oder Verlust, nicht aber Interna, innere Einzelvorgänge und Verhältnisse des Unternehmens selbst, wie Gehalt der leitenden Angestellten usw.

Auch bei der aufsichtsbehördlichen Genehmigung für Anleihen usw. wird diese Frage praktisch. Für die Aufnahme von Anleihen ist unter bestimmten Voraussetzungen die Genehmi-

gung der Aufsichtsbehörde erforderlich[15]). Wandelt die Gemeinde ihre Betriebe in abhängige Unternehmungen mit eigener privatrechtlicher Rechtspersönlichkeit um, um so die Genehmigungspflicht für die Aufnahme von Anleihen für diese Betriebe zu umgehen, so unterliegen auch solche Darlehnsaufnahmen der Genehmigung der Aufsichtsbehörde, wenn der Betrieb dieses Unternehmens nur in öffentlich-rechtlicher Form möglich ist, also wenn es sich um die Erfüllung öffentlich-rechtlicher Verwaltungsaufgaben handelt. Denn Zweck der Vorschrift ist, die Finanzgebarung der Gemeinden zu überwachen auch insoweit, als sie in Betriebsverwaltung tätig werden.

Aus demselben Grunde muß der Versuch einer Gemeinde scheitern, die, um die Vorschriften über die aufsichtsbehördliche Genehmigung von Anleihen und Darlehen zu umgehen, sich kreditweise ein Sparbuch von der eigenen Sparkasse ausstellen läßt, ohne den Betrag zuvor eingezahlt zu haben, und das Sparbuch anderweit verwertet.

bb) Die Vorschriften über die Pflichtprüfung der Kommunalbetriebe[16]).

Die Notverordnung über die Wirtschaftsbetriebe der öffentlichen Hand vom 6. 10. 31 nebst Durchführungsverordnung vom 30. 3. 33 bestimmt, daß eine jährliche Pflichtprüfung bei den Wirtschaftsbetrieben der öffentlichen Hand stattzufinden hat. Nach Kap. VIII §§ 1—3 der Verordnung (RGBl. 1931 S. 562) unterliegen diesen Vorschriften:

a) die von Körperschaften des öffentlichen Rechts unterhaltenen Betriebe,
b) die Betriebe mit eigener Persönlichkeit des öffentlichen Rechts,
c) Unternehmungen, deren Erträgnisse ausschließlich oder überwiegend Körperschaften des öffentlichen Rechts zufließen mit Ausnahme der Aktiengesellschaften.

Nun ist diese öffentliche Wirtschaftsprüfung eine weitergehende als die für Aktiengesellschaften nach der Aktienrechtsnovelle (§§ 262 a ff. des HGB.) vorgeschriebene Bilanzprüfung Bei der Aktiengesellschaft[17]) erstreckt sich die Prüfung nur auf die Innehaltung der handelsrechtlichen Vorschriften, — bei

---

[15]) Man denke an die „Beratungsstelle" für Kommunalkredite, die praktisch eine Kreditaufnahme nahezu unmöglich machte. Vergl. unten vor Anm. 27.

[16]) Vergl. van Aubel, Pflichtprüfung der Kommunalbetriebe, Der Gemeindetag vom 15. 7. 1933 S. 271.

[17]) Für Gesellschaften mit einem Grundkapital von 3 Millionen RM oder weniger gelten die Vorschriften über die Bilanzprüfungen nach §§ 262a ff. HGB. gem. Art. 3 der Ersten Durchführungsverordnung z. Zt. noch nicht.

öffentlichen Betrieben aber auch darauf, daß die wirtschaftlichen Verhältnisse des Betriebes nicht wesentliche Beanstandungen ergeben. Insbesondere würden für öffentliche Betriebe kommunalpolitische Fragen mit Prüfungsgegenstand sein (Monopolbetrieb, Konkurrenzbetrieb, Rentabilität). Also nicht allein Fragen der Rechtmäßigkeit — wie bei der allgemeinen Staatsaufsicht und bei der Prüfung der Aktiengesellschaft nach dem HGB. — sondern in hohem Maße auch Zweckmäßigkeitsfragen würden nachgeprüft werden, z. B. Tarifstaffelung auf sozialer Grundlage.

Es leuchtet ein, daß eine Gemeinde ein hohes Interesse daran haben kann, eine so weitgehende Prüfungspflicht zu umgehen. Es ist sehr leicht möglich, daß — ausschließlich aus diesem Grunde — eine Gemeinde ein von ihr als unselbständige öffentliche Anstalt oder sonstiger Regiebetrieb geführtes Unternehmen in eine Aktiengesellschaft umwandelt.

Auch hier gilt entsprechend das bereits oben[18]) Ausgeführte: Wird eine nicht adäquate Betriebsform gewählt, so liegt eine Gesetzesumgehung vor.

δ) Umgehung von Etatvorschriften.

Die Etatvorschriften der Haushaltsordnungen des Reichs, der Länder und Gemeinden sind bewußt streng gehalten, um im weitest möglichen Maße eine Durchsichtigkeit und öffentliche Kontrolle zu gewährleisten. Einige für den Haushaltsplan geltenden Grundsätze, wie das Ersichtlichmachen aller Einzelposten und die Einsetzung der Bruttobeträge, deren Durchführung für die allgemeine Verwaltung zweckmäßig und möglich ist, passen indessen nicht für Gewerbebetriebe, die nach kaufmännischen Gesichtspunkten betrieben werden. Wollte man nach diesen Grundsätzen auch bei diesen verfahren, müßten in den Haushaltplänen der Körperschaften die Einzeletats jeder öffentlichen Unternehmung als Teile des Gesamtetats erscheinen; und diese Einzelpläne müßten nach denselben Grundsätzen gegliedert sein, so daß der gesamte zu erwartende Umsatz als Einnahme- und Ausgabeposten in phantastisch hohen Ziffern erschiene. Die konsequente Durchführung der Etatgrundsätze auch bei den öffentlichen Unternehmungen würde den zu erreichenden Zweck: Durchsichtigkeit und Klarheit der öffentlichen Finanzwirtschaft — in das genaue Gegenteil verkehren. Ein nach solchen Gesichtspunkten aufgestellter Gesamtetat wäre vollständig unübersichtlich.

Daher haben sich die Körperschaften dadurch geholfen, daß sie in den Etat als einzigen Buchungsposten den voraussichtlichen Ertrag bzw. Verlust des Unternehmens einsetzten. Diese Regelung, für die das geschriebene Recht keine Stütze bot, wurde

[18]) Text vor Anm. 13.

vom Staate selbst geübt und von den Staatsaufsichtsbehörden bei den Selbstverwaltungskörperschaften geduldet[19]).

Die aus einer älteren Periode stammenden Haushalts- und Städteordnungen konnten mit einem solchen Aufschwung öffentlicher Betriebe — sowohl dem Umfang als auch der Zahl nach — nicht rechnen. So hat Gewohnheitsrecht diese außerhalb des geschriebenen Rechts vollzogene Einschränkung der Etatvorschriften legalisiert, bis neuere Kodifikationen dieser Entwicklung durch eine positiv-rechtliche Regelung Rechnung trugen[20]). So bestimmt § 15 Abs. 1 der Reichshaushaltsordnung vom 31. 12. 1922, daß Reichsbetriebe oder Teile von solchen, die mit Rücksicht auf ihren Wirtschaftszweck und ihren Umfang kaufmännisch eingerichtet sind, an Stelle der getrennten Veranschlagung von Einnahmen und Ausgaben mit ihrem voraussichtlichen Endergebnis in den Haushaltsplan aufgenommen werden dürfen, wenn die Art des Betriebes ein Wirtschaften nach Einnahme- und Ausgabe-Ansätzen nicht zuläßt[21]).

Für Preußen[22]) bestimmt Art. 69 der Verfassung vom 30. 11. 1920, daß das Finanzwesen der ertragswirtschaftlichen Unternehmungen des Staates durch Gesetz abweichend von den Vorschriften der Art. 63—68 geregelt werden kann. Neuere Gemeinde- und Haushaltsordnungen haben solche Erleichterungen vielfach ebenfalls durch ausdrückliche Gesetzesvorschrift zugelassen[23]).

Diese Etaterleichterungen finden auf alle Betriebe Anwendung, ohne daß es auf die Betriebsform (öffentlich-rechtliche oder privatrechtliche) ankommt, sofern sie nur den genannten Voraussetzungen entsprechen.

Unselbständige Betriebe des Reichs müssen also nach wie vor nach allgemeinen Etatgrundsätzen ihre Einzeleinnahmen und Ausgaben im Reichsetat erscheinen lassen, wenn ein Wirt-

---

[19]) Belege in den folgenden Absätzen.

[20]) An dem Grundsatze, daß Betriebe der öffentlichen Hand nur durch eine Rechtsnorm von der Geltung der Haushaltsvorschriften entbunden werden können, muß festgehalten werden. So auch: Sigloch S. 121. Freilich wird man auch Gewohnheitsrecht als ausreichende rechtliche Stütze anzusehen haben.

[21]) Vergl. hierzu auch: VO. über die allgemeinen Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Haushaltsgebahrung . . . der deutschen Reichspost vom 6. 4. 1934 (RGBl. I S. 305).

[22]) Ebenso für Sachsen: §§ 33 ff. des Sächs. Staatswirtschaftsgesetzes vom 31. 5. 1922.

[23]) Für Thüringen siehe § 97 Abs. II der Gemeinde- und Kreisordnung vom 8. 7. 1926, § 59 der Haushaltsordnung für das Land Thüringen vom 15. 3. 1923; § 12 der Haushaltsordnung für Gemeinden und Kreise vom 1. 2. 1927. Siehe Reuß, Verw.-R. S. 107, 141, 143. Vergl. auch Gem.-HVO. vom 4. 9. 1937 § 7 Nr. 2, § 10.

schaften nach Einnahme- und Ausgabesätzen möglich ist. Ebenso müssen die öffentlichen Betriebe von Körperschaften, auf die nicht die Reichshaushaltsordnung, sondern Landesrecht Anwendung findet, im einzelnen etatisieren, wenn sie nicht die landesrechtlichen Voraussetzungen für diese Erleichterungen erfüllen. Abhängige Unternehmen des Privatrechts aber sind in jedem Falle von dieser Pflicht frei: hier erscheint nur ein einziger Posten (Gewinn oder Zuschuß) im Etat der herrschenden Körperschaft. Es ist daher denkbar, daß für solche Unternehmungen, die nach der Städteordnung als unselbständige Unternehmen im Einzelnen etatisieren müßten, eine Privatrechtsform gewählt wird, um diese Verpflichtung zu umgehen.

Praktisch besonders bedeutsam wird dieses Bestreben, um die Gehälter der leitenden Personen nicht nach einer Beamtengruppe bemessen zu müssen und die Höhe der Gehälter geheimhalten zu können[24]).

Eine städtische Straßenreinigungs- und Abfuhranstalt dient regelmäßig der Erfüllung öffentlich-rechtlicher Aufgaben. Es besteht wohl Uebereinstimmung, daß solche Betriebe zu den öffentlichen Anstalten gehören[25]). Ein Wirtschaften nach Einnahme- und Ausgabensätzen ist auch durchaus möglich und wird auch in der Praxis geübt. Wollte eine Stadt aus Gründen der Etatverschleierung eine Umwandlung in ein abhängiges Unternehmen mit Privatrechtsform vornehmen und in einem Gesamtbetrage etatisieren, wo sie dazu nicht ausdrücklich gesetzlich ermächtigt ist[26]), so läge eine Umgehung zwingender öffentlich-rechtlicher Etatvorschriften vor. Die Folge wäre, daß — trotz der privatrechtlichen Form des Unternehmens — die Einzelposten in Einnahme und Ausgabe etatisiert werden müßten.

Ebenso kann es bei anderen Unternehmungen der Fall sein.

Gute Beispiele aus der Praxis für solche Umgehungsversuche zeigt die Kommunalpolitik insbesondere der Jahre 1929 und 1930. Die Kommunen durften bekanntlich Auslandsanleihen nur mit Genehmigung der „Beratungsstelle für Auslandsanleihen" aufnehmen. Diese Genehmigungen wurden nur in sehr beschränktem Umfange erteilt und waren schwer zu erlangen. Die Gemeinden sannen daher darauf, einen Weg zu finden, diese Ge-

---

[24]) Die neuen Vorschriften über die Gleichstellung haben diese Möglichkeiten nicht ausgeschlossen, da in ihnen nur Landes- den Reichsbeamten, nicht „Angestellte" den Beamten z. T. gleichgesetzt werden; vergl. etwa die Gesetze bzw. VO. betr. die Aenderung des Besoldungsgesetzes vom 13. 12. 1935 (und dazu Preuß. Ges. vom 17. 1. 1936), vom 25. 8. 1936, vom 15. 3. 1937, vom 19. 3. 1937.

[25]) So Most, S. 26.

[26]) Wie z. B. nach § 97 Abs. III der Thür. Gemeinde- und Kreisordnung, § 12 der Haushaltsordnung für Gemeinden und Kreise für Thüringen.

nehmigungspflicht zu umgehen. Eine ganze Reihe von Städten[27]) wählte den Weg, ihre bisher als Regiebetriebe geführten Versorgungsbetriebe, insbesondere Gas-, Elektrizitäts- und Wasserwerke in Aktiengesellschaften umzuwandeln und die Auslandsanleihen von der betreffenden Aktiengesellschaft direkt für diese aufnehmen zu lassen.

Wenn man die Frage entscheiden will, ob darin eine Umgehung dieser Bestimmungen zu erblicken ist, muß man prüfen, ob die Gemeinden diese Versorgungsbetriebe als öffentliche (selbständige oder unselbständige) Anstalten betreiben müssen oder ob ihnen die Wahl der Betriebsform freisteht. Bei Gas- und Elektrizitätswerken wird man sich für die Zulässigkeit privatrechtlcher Betriebsform zu entscheiden haben[28]). Denn hier betätigen sich die Gemeinden in Konkurrenz mit der freien Wirtschaft. Daß die Versorgung der Bevölkerung mit Gas und Elektrizität in weitem Maße die freie Wirtschaft übernommen hat, ist eine Tatsache[29]).

Auch da, wo die Gemeinde allein einen solchen Betrieb unterhält[30]), handelt sie als Gewerbetreibender, jeder Privatmann könnte diese Betriebe auch führen. Anders liegt es bei den gemeindlichen Wasserwerken. Hier erfüllen die Gemeinden ein unzweifelhaftes öffentliches Bedürfnis im gesundheitspolizeilichen und feuerpolizeilichen[31]) Interesse[32]). Der Betrieb eines Wasserwerks erfolgt daher regelmäßig in Erfüllung öffentlich-rechtlicher Aufgaben und daher — zwangsläufig — in

---

[27]) Halle, Hamburg, Königsberg, Stettin, Dresden u. a. m. Vergl. Berliner Börsenkurier vom 21. 1. 1930.

[28]) W. Jellinek, Verwaltungsrecht 3. Aufl. (1931) S. 387 bezeichnet Gasanstalten und Elektrizitätswerke als „Veranstaltungen farbloser Art", Nipperdey: Stromsperre, Zulassungszwang und Monopolmißbrauch (1929) S. 81/82 erkennt ebenfalls an, daß keinerlei Einschränkungen hinsichtlich der Person des Unternehmers eines Elektrizitätswerks bestehen. Als Erzeuger und Lieferanten des elektrischen Stromes stehen öffentliche Körperschaften und Privatpersonen gleichberechtigt nebeneinander. Siehe auch Buck bei Stier-Somlo, Handbuch des kommunalen Verfassungs- und Verwaltungsrechts II, 2 S. 129: Elektrizitätswerke sind regelmäßig gewerbliche Unternehmungen. Vergl. auch: Bueggeln, Die Entwicklung der öffentlichen Elektrizitätswirtschaft in Deutschland (1930).

[29]) Daß für den Betrieb solcher Unternehmungen und für die tatsächliche Ermöglichung des Vertriebs behördliche Genehmigungen und Erlaubnisse (gewerberechtliche und nutzungsrechtliche Konzessionen. Letztere hinsichtlich der Straßenbenutzung über das Maß des Allgemeingebrauchs hinaus) ändert nichts daran. Solche Genehmigungen sind für zahlreiche privatrechtliche Gewerbebetriebe erforderlich.

[30]) Allgemein über wirtschaftliche Arbeit der Kommunen: Rieß, Ztschr. f. komm. Wirtschaft 1925 S. 1214 ff.

[31]) Dazu oben § 9 Anm. 22 und Text dazu.

[32]) Eine Pflicht zur Errichtung einer kommunalen Wasserversorgung begründet § 35 des Reichsgesetzes betr. die Bekämpfung gemeingefährlicher Krankheiten vom 30. 6. 1900. Vergl. dazu: Fleiner, S. 323. Der Ansicht Jellineks, S. 387, daß „Wasserleitungen" „Veranstaltungen farbloser Art" seien, kann nicht beigetreten werden.

öffentlich-rechtlicher Form[33]). Der Betrieb eines Wasserwerks in privatrechtlicher Form ist daher als unzulässig zu bezeichnen[34]).

Soweit also eine Umwandlung von gemeindlichen Versorgungsbetrieben in privatrechtliche Unternehmungen auch ein Wasserwerk betrifft, um von der Beratungsstelle unabhängig zu werden, liegt eine Umgehung dieser Vorschriften vor. Trotz einer solchen Umwandlung würde also das Wasserwerk gleichwohl hinsichtlich der Aufnahme von Auslandsanleihen der Genehmigungspflicht der Beratungsstelle unterliegen. Der „richtige", d. h. gesetzlich allein zulässige Weg wäre, in dem — einen Teil des städtischen Etats bildenden — Einzeletat des Wasserwerks den Erlös der Anleihe im außerordentlichen Etat als Einnahme einzusetzen.

In welch weitem Maße versucht worden ist, Etatvorschriften durch Gründung und Verwendung abhängiger Unternehmungen zu umgehen, zeigen in geradezu erschreckender Weise die Transaktionen des Kapitäns Lohmann nach dem sogen. „Phoebus-Bericht"[35]). Der Bericht stellt ausdrücklich fest, daß die von Kapitän Lohmann getroffenen Maßnahmen z. T. unter Verletzung von Bestimmungen der Reichshaushaltsordnung getroffen worden sind[36]).

ε) Umgehung von Vorschriften des Beamtenrechts.

Eng mit dem Versuche der Umgehung von Etatvorschriften hängt ein solcher von beamtenrechtlichen Vorschriften zusammen.

Das Beamtenrecht gilt als zwingendes öffentliches Recht für Beamte. Es enthält Sonderrechtssätze, die erheblich von dem Dienstvertragsrecht abweichen: grundsätzlich unwiderrufliche Anstellung auf Lebenszeit, Ruhegehalts- und Hinterbliebenenversorgung, Dienststrafrecht. Die öffentlichen Behörden sind verpflichtet, die Stellen, die voraussichtlich von Dauer sind und eine volle Arbeitskraft erfordern, dann mit Beamten zu besetzen, wenn es sich um Erledigung öffentlich-rechtlicher Aufgaben handelt[37]).

---

[33]) Ausnahmsweise wäre ein privates Wasserwerk in solchen Gemeinden denkbar, in denen — z. B. kleinen Landgemeinden mit wenigen bäuerlichen Siedlungen, die eigene Brunnen haben, — die Wasserversorgung nicht zu den öffentlichen Aufgaben der Gemeinde gehörte. Hier könnte ein privates Wasserwerk von einem Dritten betrieben werden. Fraglich wird es schon, ob das auch die Gemeinde kann. Denn indem sie die Wasserversorgung regelt, erkennt sie wohl auch ein öffentliches Bedürfnis dazu an.

[34]) Soweit er in der Praxis etwa doch vorkommen sollte, hat die Aufsichtsbehörde auf Verwirklichung des rechtmäßigen Zustandes hinzuwirken.

[35]) Wortlaut des „Phoebus-Berichts" (erstattet vom Reichswehrministerium und Reichskommissar Sämisch) in „Voss. Zeitung" vom 12. 3. 1928.

[36]) Vergl. auch Bericht des Enquêteausschusses des Reichstages, der teilweise in der „Voss. Zeitung" (Handelsbl.) vom 16. 2. 1930 (Morgenausgabe) abgedruckt ist, über die Bedenken dagegen, daß die Reichsbank durch ihr Tochterinstitut, die Golddiskontbank, Geschäfte treibt, die ihr selbst verboten sind.

[37]) Brand S. 21. Vergl. auch § 148 DBG. vom 26. 1. 1937.

Als „Beamte“ sind nicht nur anzustellen die Personen der Hoheitsverwaltung, sondern auch der Betriebsverwaltung, sofern diese Betriebsverwaltung mit zu den Aufgaben der betr. Körperschaft gehört.

Da die Anstellung als Beamte für die Anstellungskörperschaft höchst weitgehende Rechtsfolgen hat, ist häufig das Bestreben praktisch geworden, die betreffenden Personen nicht als Beamte, sondern als Angestellte anzustellen.

Die Frage ist: Kann eine öffentliche Körperschaft die Anwendbarkeit der Vorschriften des Beamtenrechts für ihre in den Betriebsverwaltungen dauernd tätigen Personen dadurch vermeiden, daß sie die Betriebe in eine Betriebsform eines abhängigen Unternehmens mit privatrechtlicher Rechtspersönlichkeit kleidet?

Das ist in demselben Umfange zu bejahen und zu verneinen, in dem aus anderen — oben erörterten — Gründen die Umwandlung eines Regiebetriebs in eine privatrechtliche Form möglich ist oder nicht: Bei den Betrieben, bei denen eine öffentlch-rechtliche Betriebsform „adäquat“ ist, müssen die dort tätigen Personen — beim Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen — als Beamte angestellt werden. Ein unwirksamer Umgehungsversuch würde es sein, wenn eine öffentliche Körperschaft für solche Betriebe eine privatrechtliche Organisationsform wählen würde, um die dort beschäftigten Personen als Angestellte führen zu können; diese müßten gleichwohl als Beamte angestellt werden.

Dabei ist zu berücksichtigen, daß nach geltendem Recht[38]) die Beamteneigenschaft nur noch durch Aushändigung der Anstellungsurkunde erworben werden kann[39]), nicht mehr durch — formlose — Anstellung in Beschäftigung mit hoheitlichen Aufgaben. Die Anstellungsurkunde hat also konstitutive, nicht nur deklaratorische Bedeutung: sie begründet das Beamtenverhältnis. Aber der betreffende Nichtbeamte hat eine Anwartschaft auf die Beamtenanstellung. Freilich ist das nicht ein Anspruch, der erzwungen werden kann. Doch besteht für einen solchen Angestellten die Möglichkeit, ein Einschreiten der Aufsichtsbehörde zu veranlassen und dadurch eventuell die Anstellung zu erlangen. Die Staatsaufsichtsbehörden sind zu einem Ein-

---

[38]) Trotz § 1 des Preuß. Kommunalbeamtengesetzes vom 30. 7. 1899 ist das RG. in seiner ständigen Rechtsprechung dabei geblieben, daß auch ohne Aushändigung der Anstellungsurkunde Beamteneigenschaft dann erworben wird, wenn dem Betreffenden die Ausübung hoheitlicher Funktionen übertragen wird. (RGZ. 82,1; 108,415). Erst eine Preuß. Notverordnung hat die Aushändigung der Anstellungsurkunde zur zwingenden Voraussetzung für den Erwerb der Beamteneigenschaft gemacht.

Jetzt: Kap. II § 3,1 des Reichsges. zur Aenderung von Vorschriften auf dem Gebiete des allgem. Beamten . . . rechts vom 30. 6. 1933 S. 434, wodurch § 1 des Reichsbeamtengesetzes geändert wird. Wie sich das RG. damit abfinden wird, bleibt abzuwarten.

[39]) Mit Ausnahme der Beamten, denen die Beamteneigenschaft unmittelbar durch Gesetz beigelegt ist.

schreiten befugt, wenn eine Gesetzesverletzung der ihrer Aufsicht unterstehenden Selbstverwaltungskörperschaften vorliegt. Eine solche würde dann vorliegen, wenn z. B. Gemeinden, die verpflichtet sind, Stellen, für die ein dauerndes Bedürfnis vorhanden ist und die eine volle Arbeitskraft erfordern, mit Beamten zu besetzen[40]), durch Wahl einer privatrechtlichen Form für ihre Betriebsverwaltung diese Vorschrift umgehen wollten. Trotz der privatrechtlichen Form des Betriebes wären die Gemeinden verpflichtet, für solche Betriebe Beamte anzustellen.

Als Beispiel einer solchen Betriebsverwaltung mag ein kommunales Wasserwerk genannt werden.

Eine praktisch häufig akut werdende Frage ist die, inwieweit dadurch die Vorschriften des § 57 des Reichsbeamtengesetzes in der Fassung vom 18. 5. 1907 (nebst Ergänzungen) hinsichtlich des Ruhens der Pension umgangen werden können, daß die Wiederbeschäftigung eines Pensionärs bei einem abhängigen Unternehmen der öffentlichen Hand mit Privatrechtspersönlichkeit erfolgt. Anrechnungspflichtig ist nach § 57 Abs. II jede Vergütung, die ganz oder zum Teil unmittelbar oder mittelbar aus öffentlichen Mitteln fließt. (Die Beschäftigung im Kirchendienst und bei der Reichsbank ist der Beschäftigung im öffentlichen Dienst ausdrücklich gleichgestellt.) Daher fällt auch unter § 57 die Tätigkeit bei der Reichsbahn, Handelskammern, Girozentralen und anderen öffentlich-rechtlichen Unternehmen, an denen das Reich oder eine andere öffentlich-rechtliche Körperschaft beteiligt ist, da in solchen Fällen die Vergütung des Pensionärs „zum Teil" „mittelbar" „aus öffentlichen Mitteln" fließt. (Rund schreiben des Reichsfinanzministers vom 31. 3. 1928.)

Dagegen fällt eine Tätigkeit bei juristischen Personen des Handelsrechts auch dann nicht unter § 57, wenn es sich um Einmanngesellschaften einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft handelt, „da die Mittel eines solchen Unternehmens durch den Aktienbesitz des Staates noch nicht zu „öffentlichen Mitteln" werden"[41]). So hat auch das Reichsgericht wiederholt entschieden[42]).

Die Rechtsprechung des RVA. zu § 112 a AVAVG. steht nicht entgegen. Nach dem RVA. ist das Ruhegehalt, das ein Arbeitnehmer von einer AG. erhält, deren Aktien sich sämtlich im Besitz einer Gemeinde befinden, als Rente aus einer „Versorgungsanstalt" im Sinne von § 112 Abs. I Nr. 1 AVAVG. anzusehen, wenn die Gemeinde die freie Verfügung über Art und

[40]) § 71 Abs. II der Thür. Gemeinde- und Kreisordnung, Reuß S. 100. Für Preußen schränkt § 8 Abs. II des Gesetzes betr. die Anstellung und Versorgung der Kommunalbeamten vom 30. 7. 1899 die Verpflichtung der Stadtgemeinde hinsichtlich der Anstellung von Beamten der städtischen Betriebsverwaltungen ein.

[41]) Arndt, Reichsbeamtengesetz Komm. (1931) Anm. 4 zu § 57.

[42]) RGZ. 128, 183 (Reichskreditgesellschaft); RG. in Beamtenbund 1930 Nr. 87 (Berliner Hoch- und U-Bahn) und 1930 Nr. 63 (Deutsche Werke).

Umfang der Versorgung hat und vorgesehen ist, daß Leistungen der reichsgesetzlichen Sozialversicherung unter gewissen Voraussetzungen angerechnet werden[43]). Dasselbe gilt nach dem RVA, wenn die Gemeinde nur die Mehrheit der Aktien hat[44]). Aber für das Reichsversicherungsamt handelt es sich um die Frage, ob die „Versorgungsanstalt" einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft im Sinne des § 112 a AVAVG. gegeben ist. Dafür müssen andere Grundsätze gelten, als für die hier untersuchte Frage, ob „öffentliche" Mittel vorliegen. Die Entscheidungen des RVA. können daher gegen die hier vertretene Meinung nicht angeführt werden.

Von einer Umgehung kann daher nur dann gesprochen werden, wenn die Privatrechtsform nicht die adäquate Betriebsform dieses Unternehmens ist.

ζ) Umgehung des Kontrahierungszwanges.

Die Betriebe, die der Erfüllung öffentlicher Verwaltungsaufgaben dienen, stehen grundsätzlich unter Kontrahierungszwang[45]). Und zwar in doppelter Weise:

Nach dem Grundsatze der gesetzmäßigen Verwaltung steht das Mitbenutzungsrecht an den öffentlichen Anstalten, Einrichtungen und Betrieben allen Einwohnern nach festen und gleichmäßigen Grundsätzen zu. Dem Benutzungsrecht[46]) der Einwohner entspricht die Pflicht der öffentlichen Körperschaft, diese Betriebe für jedermann zur Verfügung zu stellen. Dieser Grundsatz ist teilweise ausdrücklich festgelegt[47]), aber auch wo eine entsprechende gesetzliche Vorschrift dieser Art fehlt, gilt er[48]).

Darüber hinaus besteht eine Bindung hinsichtlich der Höhe des — öffentlich-rechtlichen — Entgelts: die Gegenleistung kann nicht im Einzelfalle nach freiem Ermessen bestimmt werden, sondern steht nach Tarif fest. Diese Unabänderlichkeit der tariflichen Gegenleistung besteht insbesondere auch in den Fällen, in denen der Tarif bis zu einem gewissen Grade elastisch ist: Mindest- und Höchstsätze vorschreibt. Innerhalb dieses Spielraums ist die Körperschaft in den Grenzen pflichtgemäßen Ermessens frei, aber der Grundsatz der Bindung wird dadurch nicht berührt.

---

[43]) Vergl. RArbBl. 32 S. IV 210.

[44]) RArbBl. 32 S. IV 401; 33 S. IV 48.

[45]) Vergl. Fleiner a. a. O. S. 311 f.; Otto Mayer a. a. O. S. 279; Nipperdey a. a. O. S. 5.

[46]) Dieses Recht ist ein subjektives öffentliches Recht. Vergl. Otto Mayer S. 280.

[47]) So nach den Preuß. Städteordnungen: § 4 der östlichen usw., § 5 Schlesw.-Holstein, §§ 12, 15, 17, 35, 36 Hannover, § 8 der Preuß. Landgemeindeordnung vom 3. 7. 1891, § 7 der Kreisordnung vom 13. 12. 1872, § 6 der Provinzialordnung vom 29. 6. 1875.

[48]) Hatschek, Verwaltungsrecht S. 450: Dieser allgemeine Zulassungszwang gehört zum Wesen der öffentlichen Anstalt.

Durch diese doppelte Bindung unterscheiden sich die öffentlichen Unternehmungen von den Gewerbebetrieben der öffentlichen Hand, die grundsätzlich — von den unten vor η erwähnten Ausnahmen abgesehen — frei sind, ob überhaupt — und gegebenenfalls mit wem — sie kontrahieren wollen und welchen Vertragsinhalt sie im Einzelfalle vereinbaren wollen[49]).

Daher ist es möglich, daß öffentliche Betriebe versuchen können, diese Bindungen zu umgehen, indem sie öffentliche Aufgaben durch privatrechtliche Unternehmungen erfüllen.

Nach dem oben[50]) grundsätzlich Ausgeführten ist eine solche Umgehung unzulässig und daher wirkungslos. Sofern die sachliche Aufgabe, der der betr. Betrieb dient, eine öffentliche Verwaltungsaufgabe ist, besteht Kontrahierungszwang und gilt der Tarif ohne Rücksicht auf die gewählte Betriebsform.

Wenn also eine Gemeinde ihr Schlachthaus statt als Gemeindeanstalt als Gewerbebetrieb mit eigener privatrechtlicher Rechtspersönlichkeit betreibt, um in der Festsetzung des Entgelts für die Benutzung sowohl generell als auch im Einzelfalle von den Schranken des Reichsgesetzes vom 5. 5. 1933 (RGBl. S. 242) frei zu sein, so würde dieser Umgehungsversuch nicht zum Ziele führen. Die Unterhaltung eines Schlachthauses erfolgt aus gesundheitspolizeilichen Gründen, der Betrieb dient also einer öffentlichen Verwaltungsaufgabe. Daher ist adäquate Betriebsform allein eine öffentlich-rechtliche. Die Vorschriften des Gesetzes vom 5. 5. 1933 würden also auch dann anzuwenden sein, d. h. eine Beschränkung in der Festsetzung der Gebühren zwingend sein, wenn das Schlachthaus in Form eines abhängigen Unternehmens mit privatrechtlicher Rechtspersönlichkeit betrieben würde.

Der Gesichtspunkt, in dem Versagen der Leistungen (insbes. der Lieferung von Wasser, Gas, Elektrizität) freiere Hand zu haben, spielt praktisch keine große Rolle, da ja auch privatwirtschaftliche Monopolbetriebe ähnlichen Beschränkungen unterliegen wie öffentliche Anstalten[51]).

η) Umgehung der unmittelbaren Haftung der öffentlichen Körperschaft.

Es ist noch zu prüfen, ob das wirtschaftliche Risiko der öffentlichen Körperschaft, das der Betrieb eines Unternehmens mit sich bringt, dadurch vermieden werden kann, daß das Unter-

---

[49]) Einer gewissen Einschränkung unterliegen „Monopolbetriebe". Vgl. unten zu Anm. 51.

[50]) § 10, b α.

[51]) Vergl. OLG. Königsberg in JW. 1932 S. 1257 und JW. 1931 S. 50 mit Anm. von Nipperdey.

nehmen in die Form einer eigenen juristischen Person als abhängiges Unternehmen gekleidet wird[52]).

Das kann der Fall sein, indem für dieses Unternehmen eine öffentlich-rechtliche oder eine privatrechtliche juristische Person geschaffen wird.

Die Gewährung der öffentlich-rechtlichen Rechtspersönlichkeit (öffentliche Anstalt) ist allein Sache des Staates, sei es, daß der Staat durch Verleihung einer anstaltsrechtlichen Konzession eine neue öffentliche Anstalt als juristische Person des öffentlichen Rechts gründet, oder daß eine Gründung von anderer Seite zur Erlangung der Rechtsfähigkeit staatlicher Genehmigung bedarf (z. B. Zweckverbände). In jedem Falle erhält das Unternehmen Rechtspersönlichkeit erst durch staatlichen Hoheitsakt.

In Fällen, in denen eine solche staatliche Verleihung nicht erteilt oder — bei Aussichtslosigkeit — gar nicht nachgesucht wird, liegt es nahe, eine eigene Rechtspersönlichkeit für Gemeindebetriebe auf privatrechtlichem Gebiete (GmbH., AG.) zu schaffen. Eine solche Gründung kann bezwecken, die unmittelbare Haftung der Körperschaft (Gemeinde) auszuschließen und allein die GmbH. oder AG. mit ihrem Vermögen haften zu lassen.

Die Schaffung eines solchen abhängigen Unternehmens mit eigener privatrechtlicher Rechtspersönlichkeit ist keine Umgehung, wenn die Körperschaft sich im Rahmen ihres rechtlichen Könnens auf privatrechtlichem Gebiete (Gewerbebetrieb) betätigt. Denn auch öffentlichen Körperschaften steht für ihre Betriebe im Rahmen ihrer Zuständigkeit jede Betriebsform offen, die dem Privatmann zur Verfügung steht.

Dagegen liegt dann eine Umgehung vor, wenn die privatrechtliche Betriebsform für den betreffenden Betrieb nicht zulässig ist, also, wenn es sich um einen Betrieb zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben handelt. In solchen Fällen muß die herrschende Körperschaft unbeschränkt für die Verbindlichkeiten ihres abhängigen Unternehmens haften. Denn hier hat die Körperschaft über ihr rechtliches Können hinaus gehandelt[53]): sie k o n n t e die Erfüllung öffentlicher Verwaltungsaufgaben gar nicht einem privatrechtlichen selbständigen Unternehmen übertragen. Daher kann die Schaffung einer Rechtspersönlichkeit auch nicht berücksichtigt werden, die Gemeinde haftet daher unmittelbar und unbeschränkt.

---

[52]) Damit könnte ein Doppeltes erstrebt werden: die Beschränkung der Verbindlichkeiten, die aus dem Betriebe des Unternehmens entstehen, auf dieses und der Ausschluß der Haftung dieses Betriebes für die außerbetrieblichen Verbindlichkeiten der öffentlichen Körperschaft.

[53]) § 10, b α, Text nach Anm. 6. § 10, b β, Text vor Anm. 13.

c) Umgehung von gesetzlichen Vorschriften durch Wahl einer öffentlich-rechtlichen Form von Unternehmungen der öffentlichen Hand[1]).

Je nach Lage des einzelnen Falles kann es nicht nur zweckmäßig erscheinen, öffentlich-rechtliche Vorschriften durch die Wahl einer privatrechtlichen Form öffentlicher Unternehmungen zu umgehen; auch umgekehrt kann das Bestreben bestehen, unbequemen Gesetzesvorschriften (sei es öffentlich-rechtlicher, sei es privatrechtlicher Art) durch die Wahl einer öffentlich-rechtlichen Betriebsform auszuweichen.

Solche unbequemen Gesetzesvorschriften können verschiedenster Art sein. Als besonders wichtig erscheinen die folgenden:

α) Die Bilanzierungsvorschriften des HGB.

Die (insbes. nach der Aktienrechtsnovelle von 1931) sehr strengen Bilanzierungsvorschriften erscheinen für einen Umgehungsversuch besonders geeignet[2]). Sie gelten für die im HGB. genannten handelsrechtlichen Unternehmen je nach ihrer Rechtsform in verschieden weitem Umfang. Von einer Umgehung kann man dann nicht sprechen, wenn für ein Unternehmen von einer bestimmten handelsrechtlichen Art (z. B. AG.) aus dem Grunde abgesehen wird, um die gerade für diese Form geltenden Bilanzierungsvorschriften nicht anwenden zu müssen, sofern nicht gerade für einen solchen Betrieb diese spezielle Rechtsform vorgeschrieben ist. Soweit aber eine gewerbsmäßige Handelsbetätigung vorliegt (mit der die Kaufmannseigenschaft nach §§ 1, 2 HGB. verbunden ist), gelten grundsätzlich die allgemeinen Bilanzierungsvorschriften des HGB. ohne Rücksicht darauf, ob der Betreibende eine natürliche oder juristische Person ist. Auch das Reich, der Staat und die Kommunalverbände sind insoweit Kaufmann[3]), unterliegen allerdings nach § 42 HGB. den Vorschriften über Inventur und Bilanz unter gewissen Umständen[4]) nicht. Im übrigen aber kann hinsichtlich solcher Unternehmungen also die Geltung des HGB. nicht dadurch ausgeschlossen werden, daß eine öffentlich-rechtliche Betriebsform gewählt wird.

β) Ausschluß des ordentlichen Rechtswegs.

Durch den Betrieb eines Unternehmens in öffentlich-rechtlicher Form könnte vor allem versucht werden, die Vorschriften

---

[1]) Systematisch würde der folgende Teil der Darstellung nicht in die Behandlung der Frage von Umgehungen von Vorschriften des Staats- und Verwaltungsrechts gehören. Des inneren Zusammenhangs wegen aber mit den zuvor erörterten Fragen wird diese Betrachtung hier angeschlossen.

[2]) Vergl. aber auch oben § 10, b γ bb.

[3]) Sie unterliegen nur nach § 36 HGB. nicht der Eintragungspflicht in das Handelsregister.

[4]) Näheres bei Staub zu § 42 HGB.

des Gerichtsverfassungsgesetzes zu umgehen und an die Stelle der Klage vor den ordentlichen Gerichten das sehr viel einfachere und schnellere Verwaltungszwangsverfahren zu setzen. Dieser Umgehungsversuch käme nur für solche Unternehmungen in Frage, die keinem öffentlichen Verwaltungszweck (insbes. polizeilichem Zwecke) dienen, sondern gewerblichen Interessen der öffentlichen Hand, da für Zwecke der öffentlichen Verwaltung das Verwaltungszwangsverfahren rechtmäßig ist.

Es ist an dem Grundsatz[5]) festzuhalten, daß die öffentliche Hand nur dort mit Verwaltungszwang auftreten kann, wo die Betätigung in öffentlich-rechtlicher Verwaltungssphäre liegt, niemals aber, wenn die öffentliche Hand in fiskalischer Eigenschaft einer gewerblichen Tätigkeit nachgeht. Insoweit ist im Verhältnis der öffentlichen Hand zu den Benutzern des Unternehmens ausschließlich Privatrecht anzuwenden.

Als Fehlurteil muß daher die schon oben[6]) zitierte Entscheidung des OVG. in E. 52,31 angesehen werden, die besagt, daß die öffentlichen Körperschaften nicht allein die Benutzung ihrer öffentlichen Anstalten, sondern auch ihrer gewerblichen Unternehmungen einer ortsstatutarischen Regelung unterziehen und ihre Ansprüche, falls die gewerblichen Kommunalbetriebe nach einem behördlich genehmigten Tarif arbeiten, im Verwaltungszwangsverfahren beiziehen können.

Hier wird in unzulässiger Weise der Geltungsbereich des öffentlichen Rechts mit dem des privaten vermischt.

Ja, es kann sogar schon fraglich erscheinen, ob zweifelsfreie öffentliche Anstalten ihre Leistungen in allen Fällen im Verwaltungszwangsverfahren beitreiben können, nämlich dann, wenn die Leistungen nicht in unmittelbarem Ausfluß hoheitlicher Betätigung, sondern nur aus Anlaß solcher Betätigung entstanden sind: Ein als öffentliche Anstalt betriebenes Krankenhaus zieht im Verwaltungszwangsverfahren nicht nur das Verpflegungsgeld, Operations- und sonstige Kosten bei, sondern auch Aufwendungen für Bier, das ein „Privatpatient" zu den Mahlzeiten auf seinen besonderen Wunsch erhalten hat. Solche Leistungen sind nur aus Anlaß der öffentlich-rechtlichen Betätigung der Anstalt gewährt worden, bewegen sich aber durchaus in privatrechtlicher Sphäre. Sie sind m. E. auch dann nicht im Verwaltungswege beizuziehen, wenn der Tarif eine Generalklausel des Inhalts enthält, daß „alle sonstigen Leistungen", soweit sie nicht im einzelnen zuvor genannt sind, im Verwaltungswege beitreibbar sind. Das folgt aus der Natur dieser Ansprüche. Bei anderer Beurteilung wäre überhaupt keine Grenze zu ziehen. Das Krankenhaus könnte auch die für Reinigung der

---

[5]) Er liegt allen einschlägigen Aeußerungen im Schrifttum zu Grunde; vergl. etwa Jellinek S. 334 ff. Klar erkannt ist er von Köttgen in seiner mehrfach zitierten Schrift; vergl. etwa S. 4, 7, 14, 17, 19, 22/23, 24, 27/28.

[6]) § 9, a, zu Anm. 18.

Kleider eines Verletzten verauslagten Kosten im Verwaltungswege beitreiben!

Weiter kann es zweifelhaft erscheinen, ob das Krankenhaus als öffentliche Anstalt von sogen. „Privatpatienten", die außer dem festen Tagessatz die Behandlungskosten für den Arzt (außer den etwaigen Operationskosten) mit einem festen Tagessatz für den Arzt bezahlen müssen, als öffentlich-rechtliche Leistung beitreiben kann. Das wird man bejahen können, wenn das Krankenhaus nach dem Tarif einen Anspruch darauf gegen den Patienten, der Arzt aber keinen direkten Anspruch gegen diesen, sondern nur gegen das Krankenhaus hat. Andernfalls wäre eine Anwendung des Verwaltungszwangsverfahrens zur Beitreibung solcher Forderungen unzulässig.

Zweifellos aber kann ein Gewerbebetrieb zur Geltendmachung und Beitreibung seiner Ansprüche auch dann nicht sich der Vorteile des Verwaltungszwangsverfahrens bedienen und die privatrechtliche Klage vermeiden, wenn er sich in ein öffentlich-rechtliches Gewand kleidet. Das enthält nach dem oben[7]) Ausgeführten eine Gesetzesverletzung; ein solcher Umgehungsversuch muß wirkungslos bleiben.

γ) Gewerberechtliche Vorschriften.

Weiter ist noch die Frage zu prüfen, ob die öffentliche Hand hinsichtlich der von ihr betriebenen gewerblichen Unternehmungen die Anwendung der Vorschriften der Gewerbeordnung dadurch umgehen kann, daß sie solche Betriebe in ein öffentlich-rechtliches Gewand kleidet.

Die öffentlichen Anstalten unterliegen nicht dem Genehmigungsverfahren nach §§ 17 ff. der Gewerbeordnung[8]), in dem die durch den geplanten Anstaltsbetrieb bedrohten Privaten ihre Einsprüche erheben könnten. Weiter unterliegen solche Betriebe nicht der besonderen gewerbepolizeilichen Genehmigungspflicht nach § 16 GewO.

Eine Umgehung dieser Vorschriften ist aber für abhängige Unternehmungen der öffentlichen Hand nicht möglich, da die Anstaltsform nur öffentlich-rechtlichen Verwaltungszwecken dienstbar gemacht werden kann. Würde gleichwohl für einen Gewerbebetrieb der öffentlichen Hand eine öffentlich-rechtliche Form (Anstalt) gewählt, so läge ein fehlerhafter Verwaltungsakt vor, da die Vorschriften der Gewerbeordnung verletzt wären[9]).

Die gleichen Fragen entstehen hinsichtlich des Versuchs der Umgehung der Vorschriften des Gaststättengesetzes vom 24. 4. 1930 über den zugelassenen Rahmen des § 23 hinaus. Dabei ist zu bemerken, daß § 27 die Anwendung dieser Vorschriften für

[7]) Vergl. § 11, c β.
[8]) Vergl. Fleiner S. 329.
[9]) Ueber den fehlerhaften Verwaltungsakt vergl. Jellinek S. 262 ff.

die dort genannten abhängigen Unternehmungen ausdrücklich ausschließt.

Aehnliche Fragen tauchen dabei auch hinsichtlich der Umgehung der Polizeistundenvorschriften auf. Auch hierfür müssen die gleichen Grundsätze gelten.

δ) Privatrechtliche Vorschriften.

Verlockend erscheint der Anstaltsbetrieb auch aus dem Grunde, weil durch die öffentlich-rechtlichen Wirkungen der Anstalt in weitem Maße Privatrecht ausgeschaltet wird. So gibt es gegen einen Anstaltsbetrieb keine actio negatoria nach § 1004 BGB.[10])[11]), keine Besitzstörungsklage nach § 862 Abs. I BGB. Die anliegenden Eigentümer müssen sich auch über den Rahmen des § 906 BGB. Immissionen gefallen lassen. Schränkt schon in gewissem Umfange § 26 der Gewerbeordnung dieses Ausschließungsrecht des Grundeigentümers für solche private Gewerbebetriebe ein, die nach §§ 16, 24 der Gewerbeordnung errichtet worden sind, so schließt der Anstaltsbetrieb dieses Recht völlig aus, völlig, soweit es sich um privatrechtliche Ansprüche handelt. Der in seinem Besitz oder Eigentume gestörte Anlieger hat keinen zivilrechtlichen Anspruch auf Einstellung des Betriebs, auf Anbringung von Schutzmaßnahmen, auf Schadensersatz. Er kann vielmehr nur im Verwaltungswege Abstellung der Mängel und gegebenenfalls eine öffentlich-rechtliche Entschädigung verlangen. Die Klage vor dem ordentlichen Gericht aber ist ihm versagt.

Endlich genießt die öffentlich-rechtliche Anstalt auch in anderen Fällen weitgehende Vorteile des öffentlichen Rechts (z. B. evtl. Enteignungsrecht), in denen der Inhaber eines Gewerbebetriebs auf Privatrecht (etwa Kauf) beschränkt ist[12]).

Ebenso kann für einen Umgehungsversuch der Wunsch mit maßgebend sein, durch Wahl einer Anstaltsform die Vorzüge der Anstaltspolizei zu genießen.

Es ist leicht verständlich, wenn solche Vorteile des öffentlichen Rechts erstrebt und die Umgehung der lästigen privatrechtlichen Vorschriften versucht werden.

Aber auch hier müssen solche Umgehungsversuche scheitern: Nach dem Dargelegten ist der Betrieb eines staatlichen oder kommunalen Gewerbebetriebs in öffentlich-rechtlicher Organisationsform unzulässig. Die privatrechtlichen Rechtssätze müssen in allen Fällen angewendet werden, in denen sich die öffentliche Hand privatrechtlich durch Führung von Gewerbe-

[10]) Entsprechend ist auch das UWG. bei hoheitlicher Betätigung unanwendbar. Vergl. RG. 73, 270, JW. 18, 446, Sigloch S. 187 ff.

[11]) Vergl. Wolff, § 87 I, 4.

[12]) In beschränktem Maße ist freilich auch eine Enteignung zu Gunsten von Privatunternehmungen zulässig (§ 1 des Preuß. Enteignungsgesetzes vom 11. 6. 1874).

betrieben betätigt. Das gilt auch für solche gewerblichen Unternehmungen, die, ohne eigene Rechtspersönlichkeit zu haben, von einer öffentlichen Körperschaft unmittelbar betrieben werden.

§ 12.

5. Arbeitsrecht.

Eine Untersuchung über Umgehung arbeitsrechtlicher Vorschriften[1]) durch abhängige Unternehmungen behält ihren Wert, obwohl eine grundlegende Aenderung der Sozialverfassung bevorsteht[2]). Denn die hier für das geltende Recht gefundenen Ergebnisse werden vermutlich ihre Bedeutung behalten, da diejenigen Institutionen und Normen, an die sich Umgehungsversuche knüpfen (Betriebsrat, Tarifvertrag, Stillegungsverordnung, Kündigungsschutzgesetz) in irgend einer Gestalt vermutlich erhalten bleiben werden. So ist anzunehmen- daß auch künftig ein dem § 17 Abs. 2 BRG. entsprechendes Recht der Betriebsvertretung auf Berichtersattung über die Lage des Unternehmens bestehen wird. Dann wird, wie heute, die Frage entstehen, ob auch über die Lage eines abhängigen Unternehmens zu berichten ist, oder ob die herrschende Person ihrer Betriebsvertretung nur über die Verhältnisse ihres Betriebs zu berichten braucht[3]). Es könnte eine Umgehung der Auskunftspflicht durch Angliederung abhängiger Unternehmungen versucht werden.

Nach Wortlaut und Sinn des Gesetzes muß angenommen werden, daß über das Gesamtunternehmen zu berichten ist, da die Betriebsräte die ihnen nach § 1 des Betriebsrätegesetzes obliegende Aufgabe: Unterstützung des Arbeitgebers in der Erfüllung der Betriebszwecke sonst kaum leisten könnten[4]). Aus § 50 BRG., der einen besonderen Gesamtbetriebsrat für „gleichartige oder nach dem Betriebszweck zusammengehörige Betriebe in der Hand eines Eigentümers vorsieht, könnte vielleicht geschlossen werden, daß für die Berichterstattung über das Gesamtunternehmen nur dieser Gesamtbetriebsrat zuständig sei[5]). Aber das wäre ein Fehlschluß, da § 50 BRG. ein erweitertes Auskunftsrecht, nämlich auch bei solchen Zusammenschlüssen gibt, die nicht zu einem einheitlichen Unternehmen führen.

Die praktisch bedeutsamste Tätigkeit entfaltet die gesetzliche Betriebsvertretung durch ihre Entscheidung gemäß § 84 Abs. 1 Ziffer 4 BRG. über das Vorliegen einer unbilligen, nicht

---

[1]) Sie gehört in diese, das öffentliche Recht behandelnde Arbeit, da das Arbeitsrecht starke öffentlich-rechtliche Einschläge zeigt.

[2]) Vergl. „Gesetz über Treuhänder der Arbeit“ vom 9. 5. 1933 (RGBl. I S. 285) § 2: „bis zur Neuordnung der Sozialverfassung . . .“.

[3]) So mit Einschränkungen: Mansfeld, S. 348; a. A.: Flatow, Anm. 13 zu § 71; Kronstein, S. 127; Gürteler, Anm. 18 zu § 71 (mit Einschränkungen).

[4]) Kronstein, S. 127.

[5]) Dies Argument ist, soviel ich sehe, bisher nicht verwertet worden.

durch die Verhältnisse des Betriebes bedingten Härte bei einer Entlassung[6]). Hier kann der entlassene Arbeiter eines Tochterunternehmens unter Umständen geltend machen, daß die Lage der herrschenden Person günstig, die Entlassung mithin nicht durch die Verhältnisse des Betriebes bedingt sei[7]). Dies wird man zulassen müssen, wenn das herrschende Unternehmen wirtschaftlich in der Lage und bei entprechendem Verlangen des abhängigen Unternehmens verpflichtet ist, eine wirtschaftliche Schwäche des Tochterunternehmens zu beseitigen[8]).

Sicher liegt eine Gesetzesumgehung darin, daß ein Unternehmen Arbeiter durch eine abhängige Person anstellen und bezahlen läßt und sie dann von ihr „leiht", um sie von der Wahl zu ihrem eigenen Betriebsrat auszuschließen. Denn der Betriebsrat soll von allen im Betrieb Beschäftigten gewählt werden. Demgemäß ist anzunehmen, daß auch diese „geliehenen" Arbeiter zum Betriebsrat des sie beschäftigenden Unternehmens wählen dürfen[9]).

Für das Tarifvertragsrecht ist sicher, daß ein Unternehmen sich nicht ein anderes dazu angliedern darf, um i h m selbst Verbotenes durch d i e s e s ausführen zu lassen. Das ergibt sich schon durch Vertragsauslegung, evtl. durch Lückenergänzung (§ 157 BGB.). So wäre es unstatthaft, daß ein Wirtschaftssubjekt Arbeiter entläßt, um sie von einem Tochterunternehmen, das einem anderen Tarifvertrag untersteht, zu — im Verhältnis zur herrschenden Person — untertariflichen Löhnen beschäftigen zu lassen[10]).

---

[6]) Dazu das Gesetz über Betriebsvertretungen usw. vom 4. 4. 1933 (RGBl. I S. 161) mit seiner Einschränkung des Einspruchsrechts bei Kündigung auf Grund Verdachts staatsfeindlicher Gesinnung (Art. II).

[7]) Entsprechendes gilt für die Frage, ob die Stillegung eines Betriebes auf Grund der Stillegungsverordnung (Fassung vom 15. 10. 1923) zulässig sei; ebenso Kronstein, S. 132.

[8]) Ebenso Kronstein, S. 130.

[9]) Entsprechend ist anzunehmen, daß für die Berechnung der Schutzfristen nach dem Kündigungsschutzgesetz vom 9. 7. 1926 die Beschäftigungszeit beim abhängigen, bzw. beim herrschenden Unternehmen mitrechnet; Kronstein, S. 134.

[10]) Vergl. Hueck-Nipperdey, II, S. 213, 182.

Lebenslauf.

Ich bin am 31. 8. 1903 in Kriewen (ehem. Prov. Posen) als Sohn des Kaufmanns Ludwig Sieradz und seiner Frau Pauline geboren. Nach Besuch der Gymnasien in Glogau und Posen bestand ich 1922 am Deutschen Gymnasium in Posen das Abitur. Sodann trieb ich praktisch und theoretisch Landwirtschaft und legte 1927 an der Landwirtschaftlichen Hochschule in Berlin das Examen als „Akademisch geprüfter Landwirt" mit „Gut" ab. Von 1927 bis 1930 studierte ich Rechtswissenschaft an der Universität in Berlin, wo ich vor dem Kammergericht das Referendarexamen mit „Gut" bestand. Dezember 1930 wurde ich zum Gerichtsreferendar, April 1931 zum Assistenten an der Juristischen Fakultät der Berliner Universität (Prof. Martin Wolff und Dersch) ernannt. Am 1. April 1933 schied ich aus beiden Stellungen aus.